



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
ÁREA DE DERECHO MERCANTIL



Escuela de Magisterio de Málaga



Asociación de
Empresarios Hoteleros
de la Costa del Sol



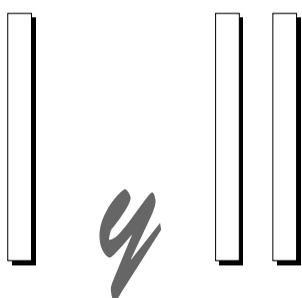
DERECHO Y TURISMO

PUBLICACIONES GENERALES • ANÁLISIS DEL TURISMO N.º 3

DERECHO Y TURISMO

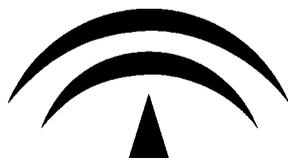
I y II Jornadas de
Derecho Turístico
Málaga 1998-99

DERECHO Y TURISMO



JORNADAS DE DERECHO TURÍSTICO

Málaga 1998-1999
Coordinador: Adolfo Aurióles Martín



JUNTA DE ANDALUCIA
CONSEJERÍA DE TURISMO Y DEPORTE
DIRECCIÓN GENERAL DE PLANIFICACIÓN TURÍSTICA

DERECHO y Turismo: I y II Jornadas de Derecho Turístico: Málaga, 1998-1999 Adolfo Auriolos
Martín, coord.– Sevilla: Consejería de Turismo y Deporte, D.L. 1999

p. 480; 24 cms.– (Publicaciones Generales. Análisis del Turismo; 3)

ISBN. 84-89225-18-4

1. Derecho 2. Turismo 3. Congresos I. Jornadas de Derecho Turístico (1º. 1998. Málaga) II.
Jornadas de Derecho Turístico (2º. 1999. Málaga) III Auriolos Martín, Adolfo, coord. IV.
Andalucía. Consejería de Turismo y Deporte

EDITA:

Junta de Andalucía

Consejería de Turismo y Deporte

Dirección General de Planificación Turística

ISBN: 84-89225-18-4

DEPÓSITO LEGAL: SE-3078/99

MAQUETACIÓN E IMPRESIÓN:

Tecnographic, S.L.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	11
CONFERENCIAS	15
1 Contratos turísticos, protección del turista y Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. <i>Dr. D. Carlos Lasarte Álvarez</i>	17
2 Normativa comunitaria en materia turística y su aplicación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. <i>D. Carlos Gómez de la Cruz Talegón</i>	37
3 Cesión de reserva y <i>overbooking</i> . <i>Dr. D. Manuel I. Feliú Rey</i>	55
4 Responsabilidad contractual de las agencias de viajes: organizadores y detallistas. <i>Dr. D. Miguel Ruiz Muñoz</i>	71
5 Transporte internacional de pasajeros: limitación de la responsabilidad del porteador aéreo y viajes combinados. <i>Dr. D. David Morán Bovio</i>	83
6 Ambito de aplicación y contenido de la Directiva 94/47/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (Multipropiedad). <i>D. Francisco Javier Arroyo Fiestas</i>	101
7 Luces y sombras en el Proyecto de Ley de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. <i>D. Jorge Martínez-Echevarría Maldonado</i>	115
8 La ordenación del turismo rural: aspectos administrativos, fiscales y laborales. <i>D. Francisco Javier Melgosa Arcos</i>	125

9	Cancelación, desistimiento e incumplimiento del contrato de viaje combinado: supuestos legales. <i>Dra. D^a Alicia de León Arce</i>	149
10	Aproximación al régimen jurídico del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente. <i>Dr. D. Guillermo Alcover Garau</i>	169
11	Bases para la construcción de un nuevo Derecho Turístico. <i>Dr. D. Antonio Pérez de la Cruz Blanco</i>	193
12	Transporte aéreo y turismo: la protección de los usuarios del transporte aéreo. <i>Dr. D. Enrique Mapelli</i>	201
13	Límites proteccionistas en los supuestos internacionales de aprovechamiento por turnos. <i>Dra. D^a M^a Teresa Echezarreta Ferrer</i>	211
14	La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias: proceso de elaboración. <i>D. Emilio Campmany</i>	235
15	La nueva Ley sobre derechos de aprovechamiento por turnos: ámbito de aplicación. Constitución del régimen. <i>Dr. D. José Manuel Ruiz-Rico Ruiz</i>	249
16	Las nuevas condiciones legales de comercialización del tiempo compartido. <i>Dr. D. Adolfo Auriolas Martín</i>	267
17	La cobertura de la responsabilidad contractual de las agencias de viajes en los contratos de viajes combinados: <i>Dr. D. Francisco Vicent Chuliá</i>	281
MESAS REDONDAS		
1.	La futura Ley del Turismo de Andalucía:	319
18	Estructura y contenido. <i>D. Rafael Rodríguez de León García</i>	321
19	El municipio turístico. <i>Dr. D. José Luis Rivero Ysern</i>	331
2.	La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias:	335
20	Tributación de los derechos de aprovechamiento por turno en la Ley 42/1998. <i>D. Víctor Gómez de la Cruz Talegón</i>	337
21	<i>Praxis</i> jurisprudencial en materia de multipropiedad y análisis valorativo de las futuras repercusiones de la Ley 42/1998. <i>Dr. D. José Calvo González</i>	347

COMUNICACIONES

22	Sobre la aplicación de la normativa de viajes combinados a los viajes de estudios al extranjero con alojamiento familiar (Comentarios al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de febrero de 1999). <i>D^a Mercedes Cordones Ramírez</i>	365
23	Requisitos determinantes de la responsabilidad del empresario hotelero por desaparición de “efectos introducidos por los viajeros” (Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de junio de 1997 y 22 de septiembre de 1998). <i>D^a Esther Cruces Pastor</i>	375
24	Reflexiones sobre la exigencia de forma jurídica específica para las agencias de viajes: la posibilidad de agencias de viajes-personas físicas. <i>D^a M^a Belén González Fernández</i>	385
25	Facultades de desistimiento y de resolución del adquirente en el contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. <i>D^a María Cruz Mayorga Toledano</i>	399
26	Reflexiones sobre exigencias relativas al domicilio y a las sucursales de las empresas de servicios y las sociedades de intercambio en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. <i>D^a Patricia Benavides Velasco</i>	413
27	Medidas legales para la protección del consumidor contra el riesgo de insolvencia del organizador y/o detallista (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de mayo de 1998). <i>D^a Isabel Sánchez Ruiz</i>	427
	Ley de Turismo en Andalucía	441

Presentación

Desde que en 1996 pusimos en marcha la nueva Consejería de Turismo y Deporte, una iniciativa impulsada por el andalucismo, firmemente convencidos de la importancia del sector turístico para esta tierra, uno de los objetivos principales que nos planteamos fue dotar a Andalucía de un instrumento legal del que por entonces carecía.

La consecuencia de este esfuerzo se tradujo el pasado 1 de diciembre en la aprobación en el Parlamento de Andalucía, y sin ningún voto en contra por parte de los partidos políticos, de la primera Ley del Turismo con que cuenta Andalucía. Es un texto normativo que nace con la fuerza del consenso y el apoyo de todos los agentes sociales. Es además un instrumento que viene a regular la primera industria de Andalucía, el motor principal de la economía andaluza, otorgando a los organismos públicos y a todos los sectores implicados una clara referencia de sus competencias.

La Ley del Turismo Andaluz es sin duda alguna el broche de oro de una Legislatura marcada por profundos cambios en el sector turístico de Andalucía. Apoyo social, peso político, unos presupuestos destinados en exclusiva al turismo, consenso y unión de todo el sector y la idea compartida por todos para promocionar Andalucía como un destino único e integral, nos han convertido en la comunidad líder en ingresos. La conclusión de todo esto se traduce en tres cifras: dos billones de pesetas de ingresos, 20 millones de turistas y 150.000 empleos.

Sobre la base de este planteamiento, y al amparo de impulsar un debate que animara a la participación en la elaboración de la primera Ley del Turismo en Andalucía, la Consejería se sumó en 1998 al proyecto de celebración de unas sesiones de trabajo promovidas desde el Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga y el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, con la colaboración de la Asociación de Empresarios Hoteleros de la Costa del Sol (AEHCOS), para el estudio de las cuestiones de la actualidad de la legislación turística.

Estas sesiones de trabajo se convirtieron en las "I Jornadas de Derecho Turístico", desarrolladas en la sede oficial del Colegio de Abogados entre los días 19 y 22 de mayo de 1998. Esta iniciativa tuvo su continuación al año siguiente con la celebración de las "II Jornadas", que tuvieron lugar los días 15 y 16 de abril de 1999.

El presente volumen recoge el valioso caudal informativo y doctrinal, que los numerosos asistentes a estas Jornadas tuvieron la oportunidad de conocer a lo largo de su celebración.

La obra incluye finalmente, y como apéndice, el texto íntegro de la Ley del Turismo de Andalucía, cuyo análisis técnico-jurídico, a buen seguro, será abordado en las próximas "III Jornadas de Derecho Turístico".

JOSÉ NÚÑEZ CASTAÍN
Consejero de Turismo y Deporte
Junta de Andalucía

Introducción

Las Jornadas de Derecho Turístico, organizadas por la Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga y el Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga, con la colaboración adicional de la Asociación de Empresarios de Hostelería de la Costa del Sol (AEHCOS), se han concebido como foro apropiado para convocar, una vez al año, a los potenciales interesados en el fenómeno turístico y para provocar, también una vez al año, el debate jurídico en tomo al turismo.

En sus dos primeras ediciones, las entidades organizadoras han logrado reunir a un elenco de destacados juristas, extraídos de los más variados ámbitos del quehacer jurídico (Universidad, Abogacía, Magistratura, Administración Pública, etc.), que han disertado sobre materias relacionadas con lo que hemos convenido en denominar «Derecho Turístico».

A este respecto, la incógnita fundamental que tendrá que desvelarse -y que constituye, al mismo tiempo, el punto de arranque de toda investigación jurídica del Derecho del Turismo- es, precisamente, la relativa a la posible autonomía conceptual y funcional del Derecho Turístico, dentro de la clasificación -cada vez más nutrida- de las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Para llevar a cabo esa tarea, no deberían pasar desapercibidas algunas de las siguientes consideraciones:

En el plano subjetivo, la figura del turista se contrapone a la del empresario turístico y, en general, a la del oferente del servicio turístico. El primero, en su calidad de demandante de determinados servicios relacionados con su situación de desplazamiento domiciliario que le caracteriza, es el destinatario final de los servicios turísticos ofrecidos por los empresarios. En algún sentido, es un consumidor que reclama un mayor nivel de protección jurídica que el consumidor que realiza el acto de consumo en el lugar de su residencia habitual.

Frente al turista, se sitúa el empresario. Su calificación como empresario turístico deriva de su dedicación a la prestación de servicios potencialmente aptos para satisfacer las necesidades propias de los turistas, siempre que, naturalmente, hayan sido calificados como tales por el legislador autonómico competente por razón del domicilio. Ese distintivo turístico no quedará enervado por el hecho de que los servicios prestados (restauración, por ejemplo) puedan ser demandados también por

consumidores que no sean turistas. Quiere decirse que la calificación como empresario turístico no puede depender del hecho de que los servicios que presta sean solicitados exclusivamente por una clientela no residente.

En el terreno material o de los recursos de naturaleza turística, advertimos la existencia de estructuras de acogida (hoteles, apartamentos, restaurantes, etc.) o de instalaciones predispuestas para la intermediación en la prestación de otros servicios turísticos (agencias de viaje, centrales de reserva, etc.), cuya principal o única razón de ser estriba, precisamente, en la potencial demanda de servicios generada por motivaciones turística (desplazamiento de personas, alojamiento ocasional, manutención, etc.).

En el plano objetivo, por último, los servicios prestados en este sector conforman una nueva categoría de contratos -los contratos turísticos-. Con esta expresión, carente de refrendo oficial en nuestro Derecho positivo, pero incorporada al lenguaje jurídico usual, englobamos una serie de figuras contractuales que, en algunos casos, cuentan con reconocimiento legal expreso (contratos de viaje combinado -Ley 21/1995-, o relativos a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico -Ley 42/1998-) y que, en general, para estímulo de quienes se ocupan de ellas en el marco de la investigación universitaria, también comienza a generar la muy saludable preocupación de los profesionales prácticos del Derecho por el estudio de los problemas derivados de la compleja y no siempre acertada regulación legal de las mismas.

Mi felicitación y agradecimiento sinceros a todos cuantos han contribuido a que este aventurado empeño de unos pocos haya podido hacerse, hasta el momento, por dos veces realidad.

ADOLFO AURIOLES MARTÍN
Catedrático de Derecho Mercantil
Coordinador de las Jornadas de Derecho Turístico
Universidad de Málaga

Uno de los defectos atávicos -no sé si capital- de que adolecemos los españoles, pero que tomamos sin embargo como motivo de orgullo, consiste en nuestra capacidad de improvisación. Esto, que en ocasiones concretas puede ser signo de agilidad, cuando se practica sistemáticamente se convierte en defecto. Improvisación y programación son conceptos en gran medida antitéticos.

Confirma y resalta la anterior tesis la celebración de las Jornadas de Derecho Turístico. La idea no se gestó espontáneamente en una charla de café, ni se llevó a la práctica a tontas ni a ciegas. Es el fruto de una constatación de su necesidad y resultado de una actuación, meditada y conjuntada, entre el Área de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga y el Ilustre Colegio de Abogados. Así surgió la programación de las primeras Jornadas en el año 1998. Como todo lo que se sopesa y programa, constituyeron un sólido cimiento sobre el que continuar erigiendo un monumento al estudio y la reflexión jurídicas, en materia tan importante y trascendente para la economía provincial malagueña como es el turismo.

Allí se analizaron y debatieron lo que entonces eran proyectos de Ley, como la del Turismo Andaluz o la de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que hoy día ya forman parte de nuestro *corpus* legislativo; lo que denota sin género de dudas que tanto la idea como la dirección seguidas eran las correctas.

Aquellas bases iniciales permitieron corroborar su bondad con la organización de unas segundas Jornadas, celebradas en 1999; y tenemos plena confianza en que la senda emprendida se prolongue con unas próximas Terceras Jornadas, e incluso se ensanche con un Congreso de ámbito supranacional, que permita plantar la bandera del Derecho Turístico sobre el emporio que, hace ya muchas décadas, en esa materia constituye nuestra provincia; dando así el debido soporte jurídico a una economía turística potente y moderna cual la que tenemos.

Pues como suele suceder en las relaciones entre el mundo jurídico y el económico, la clase empresarial está dotada de una imaginación, una capacidad evolutiva y una velocidad de implantación de nuevas ideas y figuras comerciales y empresariales, que superan la pausada andadura del legislador, cuya creatividad llevan a remolque las más de las veces.

Valoremos en su justa medida estas Jornadas, que van tomando sólido cuerpo de naturaleza en un mundo jurídico tan horro de regulación, como necesitado de la divulgación de los conocimientos de estas materias, que conforman la mayor -y casi exclusiva- industria de nuestra zona.

JOSÉ MARÍA DAVÓ FERNÁNDEZ

Decano

Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

CONFERENCIAS

1
CONTRATOS TURÍSTICOS,
PROTECCIÓN DEL TURISTA
Y

LEY 7/1998,
DE 13 DE ABRIL,
SOBRE CONDICIONES
GENERALES
DE LA CONTRATACIÓN

CONTRATOS TURÍSTICOS, PROTECCIÓN DEL TURISTA Y LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN*

Carlos Lasarte Álvarez

**Catedrático de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vocal de la Comisión General de Codificación**

Señoras y Señores:

Ante todo, deseo dirigir una calurosa salutación a los presentes en este acto, al tiempo que manifiesto mi sincero y sentido agradecimiento al Excmo. Sr. Don José María Davó Fernández, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, por sus palabras de presentación así como por el hecho de haber tenido la gentileza de invitarme a participar en estas "I Jornadas de Derecho Turístico", cuyo interés está fuera de toda duda, y que espero que se conviertan en una singladura anualmente continuada por el estímulo y el entusiasmo que caracteriza el buen quehacer profesional de los coordinadores de ellas, mis buenos amigos, D. Alberto Peláez Morales, Vocal de Cultura de la Junta de gobierno del Colegio de Abogados de Málaga y D. Adolfo Auriolés Martín, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga.

Gracias por permitirme volver a mis raíces infantiles y juveniles y a la tierra en que nació y yace mi madre, orgullosa malagueña de la serranía, aunque sea por unas horas y para un empeño profesional. Aquí escribí también en los veranos de hace ya un cuarto de siglo mis primeras páginas monográficas como civilista, en la antigua Facultad de Económicas, en la Cátedra... querido Adolfo, del Prof. Eduardo Polo, desde hace años Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Barcelona.

Ahora vuelvo ya a una ciudad crecida, muy crecida, notoriamente desarrollada turísticamente (¿demasiado quizá?) y con Facultad de Derecho propia, en la que comparten la docencia de Derecho Civil mis amigos y compañeros Ana Cañizares, José M. Ruiz-Rico y Blanca Sillero, a los que he tenido oportunidad de reencontrar y saludar. Muchas gracias por apoyarme corporativamente, como civilistas, con vuestra presencia.

Una vez manifestados los debidos agradecimientos, desearía exponer ante Vds. en primer lugar cuáles serán las líneas fundamentales de mi intervención, que en el programa del curso es calificada (quizá con excesiva pompa y boato) como "conferencia de apertura".

En realidad, el extensísimo título de la conferencia pone de manifiesto que mi función es claramente instrumental e introductoria en relación con el conjunto de aportaciones que en los días sucesivos irán desgranando los restantes ponentes.

Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 19 de mayo de 1998

En consecuencia, frente a la concreción y el detalle de las restantes conferencias, la generalidad y amplitud del tema que corresponde a quien tiene el honor de dirigirles ahora la palabra requiere un cierto autocontrol y exponer las pautas de desarrollo de la disertación.

A mi entender, hablar de "Derecho turístico", "Derecho del turismo", "contratos turísticos" o expresiones similares no debe conllevar la pretensión de que haya nacido un nuevo sector sistemático del Derecho, si bien es cierto que en las últimas décadas la preocupación de los agentes jurídicos por la regulación del fenómeno del turismo se ha hecho a todas luces patente.

No es de extrañar. El Derecho es fundamentalmente una técnica de resolución de conflictos sociales y, en consecuencia, la preocupación por el mundo del turismo ha exigido ante todo el nacimiento y la generalización del movimiento de masas que conocemos con el nombre de turismo.

En la actualidad, el pilar normativo básico en la materia se encuentra representado por la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados. Dicha ley, dada su reciente promulgación y, de otro lado, en cuanto representa la incorporación al derecho interno español de disposiciones comunitarias tendentes a conseguir la uniformidad en el mercado turístico europeo, es relativamente conocida ya. Además, será objeto de particular análisis estas jornadas, dado que al menos las ponencias (por orden de aparición en el reparto) de D. Manuel Feliú Rey, don Miguel Ruiz Muñoz y doña Alicia de León Arce han de partir de ella como referente normativo necesario.

Sin embargo, como en seguida veremos, la Ley de viajes combinados tiene un limitado ámbito de aplicación, pues conforme a su artículo 2.1 la noción de viaje combinado queda restringida exclusivamente a lo que, de forma aproximativa por ahora, podemos identificarla como paquetes turísticos complejos que hayan sido programados y ofertados (u ofrecidos) al público por un organizador, por un mayorista. En consecuencia, cualesquiera otras prestaciones turísticas no se encontrarían sometidas a las normas propias de la Ley de viajes combinados, sino que sería necesario recurrir al marco normativo básico de protección de los consumidores, así como a otras disposiciones especiales de inferior rango a las que seguidamente habré de referirme.

Naturalmente, la propia Ley de viajes combinados se encuentra íntimamente conectada con el fenómeno de defensa y protección de consumidores y usuarios, como veremos después de la mano de la normativa comunitaria. Sin embargo, dicha conexión no puede ocultar que cualesquiera prestaciones o servicios turísticos que no puedan englobarse dentro de la noción de viaje combinado requieren recurrir a la ley 26/1984, de 19 de julio, Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, recientemente reformada como es sabido por la ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación.

De tal forma, habremos de considerar en esta exposición diversas disposiciones normativas cuya existencia no es óbice ni cortapisa a la idea central que habrá de presidir mi intervención, consistente en que, en definitiva, el desarrollo normativo de la protección del consumidor, en cuanto consumidor colectivo, o en su caso del turista, es un corolario de principios básicos del Derecho patrimonial codi-

ficado y en particular, de la regla fundamental de lealtad contractual insita en los Códigos civiles del pasado siglo, cuya recta interpretación exige concluir contemporáneamente que el incumplimiento de las promesas publicitarias debe generar la consiguiente responsabilidad en el contratante incumplidor a través de la técnica de la Integración del contrato. Así lo exige la correcta interpretación del artículo 1.258 del Código civil cuando afirma que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

1. LA PROTECCIÓN DEL TURISMO COMO CONCRECIÓN DE LA POLÍTICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Demostrar la conexión existente entre el turismo y el fenómeno general de la protección al consumidor en el marco de la Unión Europea resulta extraordinariamente fácil, ya que la propia exposición de motivos de la Ley manifiesta que ella es de alguna manera mera (y retrasada) continuidad de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, al tiempo que expresa de forma abierta y paladina lo siguiente:

“En la norma comunitaria objeto de la transposición se ponen de manifiesto las disparidades de las legislaciones nacionales y de la práctica en el sector, que a su juicio constituyen serios obstáculos a la libre prestación de servicios entre operadores establecidos en los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Por ello se considera que la realización del mercado interior turístico, por su relevancia económica, necesita de un acercamiento y homogeneización de las legislaciones nacionales”.

Por su parte, el preámbulo de la propia Directiva de 1990 pone de manifiesto, de forma igualmente clara, que el desarrollo normativo de la protección del turismo es un corolario de la defensa del consumidor.

Bastan los siguientes datos:

1º) Cuando la Comunidad Económica Europea se plantea abordar el segundo programa de política de protección e información al consumidor, materializado fundamentalmente en la Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981, la Comisión Europea es instada a estudiar entre otras cosas el tema del turismo y presentar, en su caso, las oportunas propuestas, teniendo en cuenta su incidencia en la protección del consumidor y los efectos de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros”.

2º) Por tanto, avanzando en dicha línea, la Resolución de 10 de abril de 1984, tiene ya por objeto concreto enunciar la política comunitaria de turismo. En dicha Resolución, el Consejo celebró la iniciativa de la Comisión de llamar la atención sobre la importancia del turismo y toma nota de las orientaciones iniciales de la Comisión para una política comunitaria del turismo.

3º) La Resolución del Consejo de 6 de mayo de 1986 intitulada “nuevo impulso a la política de protección a los consumidores”, adopta ya como objetivo concreto procurar “la armonización de las legislaciones en materia de viajes combinados” (punto 37).

2. LA LEGISLACIÓN NACIONAL PREEXISTENTE

La conexión entre turismo y protección del consumidor, en cambio, era inexistente en las disposiciones legales españolas que, en lo fundamental regulaban los aspectos jurídico-privados del turismo que a nosotros nos interesan en esta exposición.

Tales disposiciones patrias, a las que la vigente Ley de viajes combinados no hace referencia alguna, ya que su disposición derogatoria tiene carácter genérico, eran el Real Decreto de 25 de marzo de 1988 y la Orden de 14 de abril de 1988. Eran y... siguen siendo, pues a mi entender han quedado derogadas única y exclusivamente en relación con los denominados legalmente viajes combinados.

Como se ve, ambas disposiciones (que, a su vez, derogaban el Decreto de 7 de junio de 1973 y la Orden de 9 agosto de 1974, de las que haremos gracia aquí y ahora) fueron dictadas con posterioridad a la aprobación de la Ley patria de consumidores y usuarios.

Sin embargo, en ninguno de sus preceptos, ni en los correspondientes preámbulos (ciertamente breves o brevísimos), se realiza conexión alguna entre el principio constitucional de defensa del consumidor y la protección del turismo. Gráficamente, podríamos decir que la Ley de consumidores y usuarios nace del Ministerio de Sanidad y Consumo, mientras que las disposiciones (obviamente de muy inferior rango) de 1988 son emanaciones propias del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, preocupadas por la clasificación administrativa y por el cumplimiento de los requisitos específicos de las agencias de viajes. Precisamente la intitulación oficial tanto de la Orden cuanto del Decreto se refiere a las *normas reguladoras de las Agencias de viajes*.

Conviene advertir no obstante que, con independencia de los numerosísimos aspectos jurídico-administrativos a que hacían frente el Decreto y la Orden de 1988, el capítulo V de la Orden (artículos 22 a 34) contenía normas que podríamos considerar de sumo interés para la relación jurídico-privada existente entre el turista, es decir, el usuario de las prestaciones turísticas, y las agencias de viajes en cuanto suministradoras de tales prestaciones, con independencia de que constituyeran lo que el artículo 25 llama "servicios sueltos" o, por el contrario, "paquetes turísticos".

De forma particular, nos interesa destacar que en dicho precepto se consideran "paquetes turísticos" tanto el "conjunto de servicios previamente programados y ofertados al público por un precio global" cuanto aquellos paquetes turísticos que hubieren sido "proyectados a solicitud del cliente también por un precio global".

Así pues, a efectos de la calificación de paquete turístico, el factor determinante vendría representado por el precio global de un conjunto de servicios, o de plurales prestaciones turísticas, con independencia de que la iniciativa en la programación del viaje y del paquete hubiere correspondido a un mayorista, al minorista, o al propio viajero o turista.

3. LA NOCIÓN DE VIAJE COMBINADO: LA DIFERENCIACIÓN ENTRE VIAJE COMBINADO Y PAQUETE TURÍSTICO

Tal afirmación no puede sostenerse en relación con la Ley de viajes combinados. Para esta Ley, viaje combinado es la fusión o conjunción de dos o más prestaciones turísticas que, conjuntamente consideradas, supere el período de veinticuatro horas y que comprendan al menos transporte y/o alojamiento y cualesquiera otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento.

Existiendo diversos elementos o servicios turísticos, si éstos han sido organizados por un mayorista que se dedique profesionalmente a ello, estaremos frente a un viaje combinado aún en el supuesto de que no haya un precio global del viaje, sino que se haya procedido a la suma o adición de la factura correspondiente a diversos elementos o servicios turísticos.

En efecto, afirma el párrafo 2º del artículo 1 de la Ley que “la facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exime al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones de la presente ley”. Por tanto, el carácter garantista y especialmente protector que rezuma tanto en la Directiva 90/314 cuanto en la Ley 21/1995 es aplicable única y exclusivamente a los viajes combinados propiamente dichos de forma tal que, como han afirmado algunos autores participantes en estas Jornadas, deben considerarse excluidos de la aplicación de la ley aquellos contratos que aún recayendo sobre una prestación turística compleja, es decir, sobre un paquete turístico, se ha ideado y proyectado por el propio consumidor o turista (en tal sentido, se ha pronunciado Alicia de León Arce y recientemente, Pilar de la Haza).

Semejante afirmación, parece indiscutible, pero simultáneamente plantea que la normativa aplicable a cualesquiera viajes turísticos que no alcancen la calificación de viajes combinados ha de ser en nuestro país la Orden de 1988, que *ratione materiae*, habría sido derogada por la Ley de viajes combinados sólo en su estricto ámbito de aplicación.

Más dudoso parece concluir que, en caso de existencia de una actuación individualizada del consumidor o turista sobre la programación del viaje (decidiendo, por ejemplo, los días de duración, ciudades o lugares de destino, desplazamientos complementarios o las llamada “excursiones facultativas”, etc.) haya de concluirse que tales actos contractuales excluyan radical y necesariamente la calificación de contratos de adhesión, dada la intervención (elevada, así a elemento decisivo) del propio turista o viajero.

La posibilidad de negociación individual o de concreta determinación de alguno de los sectores contractuales por parte del viajero a la que acabamos de hacer referencia había llevado hasta ahora a buena parte de la doctrina a considerar, en efecto, que en tales casos resultaba imposible hablar de condiciones generales de la contratación o, lo que es lo mismo, de contratos de adhesión.

Ciertamente si por contratos de adhesión han de entenderse única y exclusivamente los supuestos en que el contratante débil ve limitada su capacidad de actuación o su libertad contractual a suscribir o aceptar, pero en todo caso íntegramente (firmando en la casilla correspondiente), tal y como los

identificara SALEILLES en 1901, el contenido contractual elaborado unilateralmente por el predisponente o parte económicamente fuerte, se impondría tal conclusión. Esto es, no habría contrato de adhesión cuanto el contratante débil o el adherente al clausulado contractual tuviera oportunidad de negociar alguna o algunas de las cláusulas contractuales.

Semejante respuesta, comprensible en pasadas épocas, no cuenta hoy con el beneplácito legal. Como es sabido, tras la avanzadilla que representaron en esta materia la Ley 50/1980 de 8 de octubre, sobre contrato de seguro, y el artículo 10º de la Ley de consumidores y usuarios, acaba de promulgarse el pasado mes la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Tal ley, que pronto generará ríos de tinta, es una vez más consecuencia directa de una Directiva comunitaria, en este caso la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas.

Naturalmente, hemos de limitarnos aquí a recordar que el artículo 1.2 de la ley 7/1998 establece expresamente que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

4. EL CARÁCTER VINCULANTE DEL PROGRAMA O FOLLETO

Quizá por ello, por la *naturaleza adhesiva* de la mayor parte de los actos de consumo turístico (si se me permite la expresión), el programa o folleto informativo del viaje turístico asume una extraordinaria relevancia en cualesquiera supuestos, trátase de viajes combinados propiamente dichos sometidos al imperio de la Ley 21/1995, trátase de cualesquiera otras prestaciones turísticas o viajes que no lleguen a merecer tal calificación y que, en consecuencia, hayan de ser regulados por las restantes disposiciones legislativas que hemos considerado.

Adopta como punto de partida la LVC (art. 3) el hecho de que la oferta contractual relativa a los viajes combinados debe instrumentarse mediante la puesta a disposición de los consumidores de “un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara y precisa información” sobre los extremos que circunstancialmente se contemplan en el número 1 de la propia norma¹.

¹. Cuyo tenor literal es el siguiente: “El detallista o, en su caso, el organizador deberá poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara y precisa información sobre los siguientes extremos:

- a) Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase.
- b) Duración, itinerario y calendario de viaje.
- c) Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial.

Seguidamente, dispone el número 2 del artículo tercero lo siguiente:

"2 La información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador o el detalla del viaje combinado, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta.

b) Que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes.

No hay duda, pues, de que la consideración técnico-jurídica del programa o folleto informativo merece la calificación de *oferta contractual* en sentido propio y de especiales características, en cuanto es una declaración de voluntad que la Ley considera emitida con la intención firme de celebrar un contrato y que contiene todos los elementos necesarios para que con la mera aceptación de la otra parte, del viajero, se pueda decir que el contrato ha quedado perfecto. El mayorista y/o el minorista desarrollan una actividad profesional (de ahí que la Ley excluya de la condición de "organizador" a quien actúa de forma "ocasional") y, en consecuencia, se entiende legalmente que la emisión del folleto constituye un supuesto concreto de una *oferta al público* (o *ad incertam personam*) de carácter vinculante para el oferente. Por tanto, se trata igualmente de una oferta de carácter irrevocable, dada la intrascendencia (como siempre, relativa) de los supuestos considerados *sub a)* y *sub b)* en el pasaje normativo antes transcrito, cuyo comentario ha de darse por realizado.

Aunque ciertamente en términos menos diáfanos y decididos, puede extraerse la misma conclusión del análisis de la Orden ministerial de 14 de abril de 1988, pues el artículo 27 exige las Agencias de viajes suministrar "y poner a disposición del público el programa y oferta pertinente completa, en el que se deberá facilitar una clara y exacta información sobre.. " el viaje, así como".. las cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje". Por su parte, el primer párrafo del artículo 30, determina claramente que "las Agencias de Viajes vienen obligadas a facilitar a sus clientes la totalidad de los servicios contratados con las condiciones y características estipuladas".

d) El número de comidas que se vayan a servir.

e) La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visado, y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia.

f) Precio del viaje combinado y precio estimado de las excursiones facultativas, el importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el precio total y el calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten.

g) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor en caso de anulación.

h) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje.

i) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado así como, en su caso, de su representación legal en España.

j) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado".

Frente a la regla general codificada de que la oferta contractual, aisladamente considerada y mientras sea verdaderamente tal, se caracteriza por ser un *acto unilateral* y generalmente revocable, la Ley 21/1995 adopta el criterio normativo antitético. Sin embargo, realmente y yendo al fondo del tema, no hay antítesis alguna entre una y otra regulación, sino sencillamente presupuestos fácticos distintos.

Las reglas codificadas fueron redactadas pensando en la celebración de contratos que eran objeto de negociación concreta y casuística entre las partes contratantes y además, dando por hecho que los contratantes eran iguales no sólo frente a la Ley, sino también entre sí, respecto de la autorregulación de sus intereses: contratos *personalizados* o contratos *negociados*, podríamos decir.

En cambio, los contratos de adhesión o la eficacia de las condiciones generales de los contratos exigen un replanteamiento de la cuestión y establecer criterios normativos distintos, sobre todo una vez que la protección y defensa de los consumidores (considerados grupalmente, obsérvese, y no como contratantes aislados) ha tenido la dicha de convertirse en un genuino principio general del derecho en el ordenamiento español (art. 51 CE y Ley 26/1984, de 19 de julio).

4. LA PROMOCIÓN PUBLICITARIA COMO PARTE INTEGRANTE DEL CONTRATO

4.1. El artículo 8 de la Ley de Consumidores

Mas, en realidad, las nuevas disposiciones normativas en cuya virtud el folleto informativo de los viajes combinados o de los paquetes turísticos constituyen parte integrante del contrato, una vez que se llegue a la celebración de éste, siendo una norma -como antes afirmé- de gran importancia, no deja de ser una manifestación concreta más del sentir normativo de las últimas décadas en el entorno cultural en el que nos movemos y, en particular, de la jurisprudencia y legislación españolas (a las que, obviamente, ha de ceñirse esta exposición), de un lado, y, de otro, de la tendencia actual a regular legislativamente aspectos sectoriales de la realidad social a los que la aplicación de normas de mayor generalidad o de los pronunciamientos reiterados de la jurisprudencia aportarían soluciones idénticas.

Faltaría a la probidad científica si afirmara que tengo una opinión radical y precisa sobre este último fenómeno, pues sin duda la intervención del legislador -legítima, en todo caso y por supuesto, si se desenvuelve dentro de las coordenadas constitucionales- presenta factores positivos de innegable trascendencia, sobre todo frente a la ciudadanía no experta en Derecho, en cuanto contribuye al conocimiento generalizado de "conquistas jurídicas" que, de otra manera, quedarían en la sombra para la mayor parte de los ciudadanos. La grandeza de la ley radica precisamente en su general y necesaria publicidad y, por tanto, en el amplio conocimiento social que determina, frente al conocimiento limitado y propio sólo de los expertos de la aplicación analógica o de los pronunciamientos judiciales. Con todo, el gusto excesivo por la desenfundada y recurrente regulación legislativa tampoco carece de inconvenientes respecto del conjunto del sistema normativo, una vez alcanzada la convicción de que la abstracción de la norma y, en su caso, su posterior concreción mediante la oportuna sentencia judicial constituyen la base medular de nuestro Derecho positivo.

La cuestión apuntada, sin embargo, ha de quedar en eso, en un mero apunte, pues las pretensiones de esta aportación son más modestas. Se trata sencillamente de resaltar que, *pian piano*, las condiciones generales de la contratación y los contratos de adhesión van siendo sometidos a parámetros normativos cuyo norte y guía es la protección de los consumidores y la restauración del equilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes, aunque alguna de ellas (al menos, individualmente considerada) se encuentre situada en términos materiales en la posición de económicamente débil.

Desde tal perspectiva, es evidente que nada hay que objetar a la regulación establecida por la Ley 21/1995, en el sentido de considerar vinculados a los oferentes de viajes turísticos a sus propias declaraciones en los correspondientes folletos de viajes turísticos a sus propias declaraciones en los correspondientes folletos o programas informativos. Es más, la norma es sencillamente una concreción de lo establecido en el artículo 8.1 de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios, suficientemente conocido a estas alturas y cuya nitidez literal exime en este ensayo de cualquier comentario: "La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido".

4.2 LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA LEY DE CONSUMIDORES

A su vez, la formulación legal de semejante principio encuentra causa y fundamento en una línea jurisprudencial de la Sala 1ª (o de lo Civil) del Tribunal Supremo que, en particular, supo extraer bien de la norma imperativa contenida en el artículo 1.258, bien de la norma interpretativa situada en el artículo 1.288 del Código civil español, la regla de que las promesas contenidas en los prospectos, folletos o, en general, declaraciones publicitarias debían integrar el contenido del contrato².

2. Sobre esta materia, en general (y en particular sobre STS de 27 de enero de 1977), me permito remitir a mi estudio *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, publicado en la "Revista de Derecho Privado", 1980 (junio), pág. 50 ss. y a la extensa bibliografía allí considerada, así como a la visión institucional del tema en mis *Principios de Derecho Civil*, tomo 3, 4ª ed., Ed. Trivium, Madrid 1996, págs. 107 ss.

Cfr. asimismo, en línea parecida a la por mí defendida y de forma prácticamente simultánea, M. GARCÍA AMIGO, *Integración del negocio jurídico*, AAMN, a983/23, págs. 76 ss. (antes en RDN, 1980, págs. 51 ss.) Con posterioridad, vid J. I. FONT GALÁN, *La integración publicitaria del contrato un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa*, en "Cuadernos de Derecho y Comercio", 1988/4, pgs. 7 ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, *La interpretación integradora del contrato en el Código civil*, en "Anuario de Derecho Civil", 1987, págs. 496 ss., y las páginas dedicadas a tales cuestiones, en relación con el art. 8 de la LCU por M. PASQUAU LIAÑO en los *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (cor. R, Bercovitz y J. Salas), Madrid, 1992 (en particular, pgs. 155-171).

En concreto, con anterioridad a la publicación de la Ley General de defensa de los consumidores y usuarios, en 1984, deben mencionarse al menos las siguientes sentencias:

1) La de 14 de junio de 1976, relativa a una máquina de preparación de harina de pescado, que considera incumplimiento contractual el hecho de que el rendimiento efectivo de la referida máquina fuera menor que el que se anunciaba en la propaganda gráfica y publicitaria con que contó el adquirente en el momento de celebrar el contrato.

2) La fundamental Sentencia de 27 de enero de 1977, referida -como otras posteriores- a la adquisición de viviendas o bienes inmuebles, que obliga a la sociedad constructora a atenerse a los "folletos impresos de propaganda" difundidos por ella, entendiéndose que la aplicación del artículo 1.258 del Código civil obliga a realizar la integración del contrato, utilizando el estándar de la buena fe como criterio normativo.

3) La Sentencia de 9 de febrero de 1981, en cuya virtud la enajenación y venta de unos chalés comprendía también las parcelas o el terreno correspondientes a la zona deportiva y a la piscina anejas a tales viviendas residenciales, ya que "la oferta pública de venta lo comprendía".

4) Pese a la fecha en que fue dictada, debe considerarse perteneciente también a este grupo la Sentencia de 20 de enero de 1989, pues ni en los autos ni en la sentencia, aparece referencia alguna a la Ley de los consumidores, ventilándose el pleito exclusivamente en base a las disposiciones generales del Código Civil y, en particular, al citado artículo 1.258. En este caso se condena al constructor, en concreto, a realizar todas las obras necesarias para adecuar los inmuebles a la "memoria de calidades" contemplada en los proyectos "a la vista del contenido de los contratos de compraventa de las viviendas edificadas por el demandado y de la memoria descriptiva adjunta a los mismos, así como de la descripción de calidades del inmueble en construcción que el promotor-constructor hizo en los repetidos anuncios publicitarios..".

4.3 La consideración jurisprudencial de la Ley de Consumidores

Con posterioridad a 1984, aunque de forma algo tardía habida cuenta del principio *da mihi factum, dabo tibi ius rda. iura novit curia*, han de considerarse los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo:

1) La Sentencia de 7 de julio de 1988, pese a que su fallo no obliga al constructor a someterse a las declaraciones previas al otorgamiento del documento contractual, por deficiencias probatorias por parte de los demandantes, adquirentes también de bienes inmuebles con destino vivienda. No obstante, como regla general el TS hace hincapié en que, conforme a su doctrina es "cierto que la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y origina responsabilidad en el oferente".

2) La Sentencia de 21 de julio de 1993, recalca la "obligación exclusiva de la promotora a finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los artículos 1096, 1101, 1256, y 1258 de CC y el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

3) Finalmente, la reciente e importantísima Sentencia de 8 de noviembre de 1996, la cual (citando todas las anteriores de forma expresa) ordena a una empresa constructora transmitir la propiedad de los terrenos destinados a jardines y esparcimiento a los propietarios de las torres o bloques de

departamentos, ya construidos, que los adquirieron bajo tales condiciones y características técnicas, ofrecidas públicamente. Al igual que la sentencia anterior, también ésta reclama la aplicación tanto de las disposiciones propias o *ad hoc* del Código civil (entre ellas, nuevamente, el art. 1258) cuanto las específicas contenidas en la Ley de consumidores.

En el siguiente epígrafe vamos a contrastar que ocurre lo propio en relación con la nueva norma de vinculación de las empresas oferentes en relación con los viajes turísticos, aunque en este caso - que sepa al menos quien suscribe- no existen sentencias del Tribunal Supremo sobre el particular, sino exclusivamente de Tribunales inferiores.

5. LA JURISPRUDENCIA SOBRE VIAJES TURÍSTICOS ANTERIOR A LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 21/1995

Con anterioridad a la promulgación y publicación de la Ley 21/1995, diversos Tribunales españoles han tenido ocasión de pronunciarse en relación con el cumplimiento defectuoso de lo pactado o contratado respecto de algunos viajes turísticos, de mayor o menor fuste. En general, podemos afirmar que el conjunto de tales sentencias han fijado la responsabilidad *contractual* de la agencia de viajes, en cuanto minorista, con independencia de que el cumplimiento defectuoso del contrato encuentre su razón de ser en falta de diligencia de la agencia de viajes o, por el contrario, en causas ajenas a ella, provocada generalmente por la falta de adecuación de los servicios turísticos ofrecidos por el mayorista u organizador a la realidad existente en el momento de ejecución del contrato.

Vamos a ver seguidamente un grupo de sentencias sobre el particular, dictadas entre 1993 y 1995, año de publicación de la Ley de viajes combinados, para seguidamente realizar una serie de consideraciones conclusivas sobre el particular.

5.1 Sentencia de 2 de marzo de 1993 (Civil) de la Audiencia Provincial de Álava

En el caso de autos, la demandante en primera instancia (Doña María Pilar S.M.) consigue una sentencia favorable por deficiente prestación del servicio turístico y, en particular por haber sido alojada en un hotel de distinta categoría al contratado con la agencia de viajes. Las normas aplicadas son de una parte las generales del Código civil y del Código de Comercio y, de otra, las propias de la Ley de consumidores.

En grado de apelación la compañía mercantil "Korkula Tours SL" (agencia de viajes) alega tres puntos fundamentales:

- 1) La inadecuación de la legislación de consumidores y usuarios.
- 2) Su falta de legitimación pasiva, por ser una mera intermediaria.
- 3) La imposibilidad de que la viajera quede exonerada, íntegramente, del pago de la prestación hotelera, tal y como había declarado la sentencia de primera instancia.

La Sentencia referida en el epígrafe desecha los dos primeros motivos de apelación, aunque modifica el extremo tercero, en los correspondientes fundamentos de derecho (que, en adelante, reproduciremos textualmente, si bien notoriamente abreviados):

- "PRIMERO.-... En cualquier caso no se trata propiamente de un supuesto de responsabilidad extracontractual, esto es evidente, sino de incumplimiento contractual en fase de ejecución, sucediendo que se aplica correctamente la legislación contenida en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios... Centrándonos en el aspecto ius-privatista de la norma debemos señalar... "que desde el punto de vista de la jerarquía normativa la LGDCU se superpone a la propia legislación civil o mercantil, sin ser ella misma, y esto es relevante, ley propiamente encuadrable en el ámbito específico de lo civil o de lo mercantil. No en vano se trata de una Ley que desarrolla un mandato constitucional (art. 51.1 y 2 CE en relación con el 1.1 de la misma), consagrando un principio general que informa todo el ordenamiento jurídico (art. 53.3 CE)... de tal forma que su aplicación se refiere en todo caso a las relaciones entre comerciantes y consumidores y usuarios, que desde este punto de vista se desmercatalizan debiendo aplicarse preferentemente las normas de la LGDCU, mientras que cuando no se trata de un acto de consumo, actos realizados entre comerciantes, se aplicará la legislación mercantil hoy vigente. Por ello cuando el Juez "a quo" invoca el principio de solidaridad que consagra el art. 27.2 de la Ley citada para rechazar la falta de litisconsorcio pasivo necesario no nos encontramos verdaderamente en sede de responsabilidad extracontractual sino de una obligación cuyo origen es legal".

- "SEGUNDO.- Salvado lo anterior lo que fundamentalmente se sostiene por la recurrente es que su posición de intermediaria determina su falta de disposición sobre el objeto del contrato y por alcance de la de su legitimación pasiva. Para resolver este problema, de fondo, debemos aplicar las normas relativas a la comisión y al mandato. No cabe duda que en todo caso se trataría de un supuesto de representación indirecta, siéndole aplicable los arts. 245, 246 y 247 Código de Comercio, atinentes al comisionista que contrata en nombre propio y que por ello quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, quedando a salvo siempre las acciones que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí. En igual sentido el art. 1725 CC. La cuestión, pues, estriba en determinar si la recurrente contrató en nombre propio o en el de la agencia o compañía organizadora o mayorista. De la documentación aportada se desprende evidentemente lo primero, y así de los documentos incorporados a los folios 9, 10, 12 y 37, donde es la propia apelante la que expide, sin mención a ninguna otra delegación o comisión, los recibos correspondientes al pago o la solicitud de inscripción, donde sólo se hace constar en el epígrafe corresponsal la denominación de la mayorista. En el documento del folio 12 y 39 figura como agencia emisora, es decir, no se desprende de la documentación aportada mención directa o indubitada de que estuviese actuando en nombre de su comitente. En cualquier caso se trata de un supuesto de representación aparente de tal entidad que implica la asunción como propios de los actos referidos".

- "TERCERO.- Siendo así las cosas nos queda por resolver la cuestión relativa a los daños y perjuicios..." Tampoco debemos olvidar lo que se denomina integración de la publicidad en el contrato reconocida por el art. 8.1 de la propia LGDCU en el sentido de que las condiciones y garantías ofre-

cidas publicitariamente serán exigibles por los consumidores o usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. Igualmente debemos señalar que la Ley mencionada consagra el principio de inversión de la carga de la prueba. En el presente caso... lo que acredita es una deficiente prestación del objeto del contrato por parte de la sociedad suministradora del servicio. Sin embargo, no podemos tener por justificados otros hechos alegados por la demandante. Siendo ello así no puede tratarse de exonerar el pago del servicio, sino de moderarlo en la medida en que ha sido defectuosos y además porque si se hubiese dado un incumplimiento total la parte actora, hoy apelada, no habría permanecido en el alojamiento todo el tiempo pactado. Por ello ex arts. 1101 y 1103 CC debemos determinar una minoración del 40% del precio total de la prestación (sobre ciento setenta y seis mil cuatrocientas pesetas) como suma a indemnizar por la hoy recurrente.

5.2 Sentencia de 13 de diciembre de 1993 (Civil) de la Audiencia Provincial de Segovia

En este caso, además del Código civil y de la Ley de consumidores, la Audiencia Provincial aplica el Decreto 19 de abril de 1990, número 61/1990, por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viajes de Castilla-León (aplicable, pues, únicamente a dicha Comunidad Autónoma y no al conjunto del territorio español).

La sentencia es muy extensa y circunstanciada, pero los datos de hecho son sumamente claros: dos señoras conciertan con "Viajes Halcón" un viaje a Egipto y un crucero por el Nilo. Una vez llegadas allí, tanto el hotel cuanto el barco son de inferior categoría a la contratada, por lo que tras realizarlo solicitan la devolución íntegra del viaje.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 19-7-1993 estimando parcialmente la demanda y condenando a la demandada a abonar a las actoras 100.000 ptas. (la mitad para cada una), en concepto de indemnización compensatoria, dejando para el trámite de ejecución de sentencia la diferencia económica que resulte a favor de las demandantes, en su caso, por la estancia en un hotel y embarque en una motonave distintos a los previstos.

La Audiencia Provincial de Segovia declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada, desestimando en particular la alegación de "Viajes Halcón" de estar exonerada de las deficiencias en el cumplimiento del contrato, dado su carácter de entidad intermediaria, al tiempo que aprovecha el fundamento de derecho quinto para ofrecer una indicación normativa del *status quaestionis* en Derecho español en el momento de dictarse la sentencia:

- "QUINTO.- No existe en el Derecho español una normativa específica del contrato de viaje organizado por Agencia. Aunque sí una reglamentación general de las actividades propias de las agencias de viajes... En la fecha de realización del viaje (octubre 1992) aún no había entrado en vigor la Directiva Comunitaria 90/314/CEE, Directiva de 13-6-1990, relativa a viajes combinados y aprobada por el Consejo de la CEE, cuya eficacia se desarrolla a partir del 1-1-1993. En consecuencia la normativa aplicable está constituida por el Real Decreto 271/1988, de 25 marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las agencias viajes, desarrollado por la Orden

Ministerial de 14 de abril de ese mismo año, normativa que impone a las agencias la exigencia de una póliza de seguro para cubrir los posibles riesgos derivados del normal desarrollo de su actividad, y que de conformidad con la nueva distribución territorial y competencial del Estado autonómico surgido de la Constitución de 1978, ha dado lugar a una serie de reglamentos autonómicos, entre los que cabe citar entre otros, el Decreto 45/1988, de 13 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Decreto 153/1989, de 22 de junio, de la Comunidad Autónoma de Galicia, que fueron los primeros publicados, y el Decreto 61/1990, de 19 de abril, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, aplicable en el caso actual, como ya se ha expresado.

Por lo que se refiere al problema específico de si la Agencia de Viajes, como tal, es responsable directo frente al consumidor o sólo un mero intermediario, hay que señalar que... es criterio mayoritariamente consolidado el de estimar que la agencia responde también ante el consumidor de que el resultado contratado responda a los términos de la oferta. En efecto cuando la agencia asume el encargo del cliente de procurarle la totalidad de los servicios turísticos comprendidos en el paquete, su compromiso comprende, en realidad, algo más que el desplegar la diligencia adecuada, pues se trata de lograr un resultado tangible, aunque no tenga un contenido material. Cabe, por tanto, asimilar en cuanto a su naturaleza estos contratos a los de arrendamiento de obra (art. 1544 del Código Civil), con lo que el régimen de responsabilidad de la agencia incluye no sólo el incumplimiento o cumplimiento defectuosos de las prestaciones que integran el viaje provenientes de su propia actuación sino también las procedentes de las actuaciones poco diligentes de quienes suministraban las prestaciones sub-contratadas (art. 1596 del Código Civil). Este es el régimen de responsabilidad que se deriva de la normativa general del Código Civil, así como el acogido en la Directiva citada (art. 5.1º) que, como se ha dicho no es de aplicación todavía en el caso enjuiciado, y el que se deduce no sólo de la normativa específica antes mencionada sino también de las reglas aplicables con carácter general en... la Ley General 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, la cual en su art. 27 recoge la responsabilidad directa del vendedor (agencia minorista) de un producto o servicio frente al consumidor, sin perjuicio de su facultad de repetir contra los otros responsables, conforme a lo prevenido en el núm 2 del art. 27 de la citada Ley”.

5.3 Sentencia de 16 de diciembre de 1993 (Civil) de la Audiencia Provincial de Pontevedra

En el caso que la origina, a consecuencia de las desavenencias existentes sobre el cumplimiento contractual, “El Corte Inglés SA” formuló demanda sobre reclamación de cantidad frente a doña Cristina M.V. ante el Juzgado de 1º Instancia núm. 7 de Vigo. La demandada se negaba a aceptar la compensación de 10.000 pesetas ofrecidas por la agencia de viajes demandante, por estimar que no se le había prestado el servicio (contratado, en efecto) de la conducción de los viajeros (la demandante y su marido), con guía, desde el aeropuerto de Amsterdam al hotel y el regreso al aeropuerto.

El Juzgado de 1º Instancia, en fecha 4-6-1993, dictó Sentencia estimando la demanda y condenando a la demandada a abonar a la actora la suma de 116.066 pesetas.

La Sección Primera de la Audiencia de Pontevedra, aplicando exclusivamente el artículo 1.101 de Código civil, declara haber lugar en parte al recurso de apelación formulado por la demandada (que opone la excepción de cumplimiento irregular: *exceptio non rite adimpleti contractus*) y revoca la sentencia apelada en parte, en el sentido de estimar sólo parcialmente la demanda deducida por "El Corte Inglés SA" atendiendo a: "que el perjuicio [sufrido por los viajeros] tienen otros ribetes no meramente económicos, que van más allá del escueto importe del viaje en taxi; ha de valorarse, al amparo del art. 1101 del Código Civil, el quebranto personal, la contrariedad que supone la situación en que la demandada y su marido se encuentran en país extranjero como consecuencia de aquel incumplimiento y que el servicio no prestado fue especialmente tenido en cuenta por la contratante del viaje, precisamente en evitación de situaciones como la que finalmente hubo de padecer. Por ello estimamos que debe incrementarse la reducción de la prestación debida, aunque no a la cantidad pretendida por la demandada (50.000 ptas.), que casi alcanza la tercera parte de la prestación contratada, pero sí a un total de 30.000 ptas. por lo que la sentencia de instancia será revocada en parte, reduciendo lo debido por la demandada a un total de 96.066 pesetas".

5.4 Sentencia de 24 de enero de 1994 (Civil) de la Audiencia Provincial de Vizcaya

En este supuesto, en cambio, la Sala no hace referencia alguna al Código civil, sino que funda su fallo sólo en la Ley de consumidores, pese a que dicha Ley no había sido objeto de contemplación por las partes en el juicio. Se trata de un caso en el que unos usuarios conciertan un viaje de Bilbao a Londres, con alojamiento, por tener ya adquiridas entradas para asistir al teatro. Llegados a la capital británica, los viajeros se encuentran ante la sorpresa de que carecen de plaza hotelera y, enfurecidos hasta extremos insospechados, regresan a la ciudad de Bilbao.

Interpuesta la correspondiente demanda por los viajeros, el Juzgado dictó con fecha 4-3-1993 sentencia desestimando la demanda. Por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya se declara haber lugar al recurso de apelación, revocando la sentencia y condenando a los demandados "(Andrea Tours SA)" a que abonen al actor la cantidad de 220.735 ptas. más los intereses legales desde la sentencia de instancia con imposición de las costas de primera instancia a los demandados.

En sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto, la sentencia de apelación razona en contra de la falta de legitimación de "Andrea Tours SA":

- "TERCERO.- Entrando en el fondo del asunto, la Sala no comparte el criterio de entender que ningún incumplimiento se da por "Andrea Tours, SA" puesto que de conformidad a la Ley 26/1984, de 19 de julio... La normativa anterior es de aplicación general y que se debe no sólo interpretar sino aplicar en beneficio y protección de usuarios y consumidores, siendo que la traspolación a este supuesto es perfecta y acomodada a derecho pese a que dicha normativa, no fuera invocada por las partes, sin que ello tampoco suponga violación de principios congruenciales toda vez que el juzgador debe aplicar las normas de derecho que proceden al caso y no las que las partes invoquen en sus escritos, tal y como sienta el principio procesal *iura novit curiae*.

- CUARTO.- A la Sala le es indiferente que lo contratado sea "paquete turístico" o no, pues lo realmente ofrecido al usuario y así contratamos todos los ciudadanos los viajes de estas características, es la salida un día determinado con vuelta otro fijado y con alojamiento desde que se llega a la localidad o lugar de destino en el hotel previamente concertado; no se puede admitir como pretende el apelado que si al llegar al lugar de destino no existe habitación disponible el problema es del hotel y a éste corresponde solucionarlo, porque el contrato lo realizó el actor con la Agencia demandada y ésta es la que se obliga frente al usuario de que se preste el servicio contratado...; sin olvidar que los actores se encontraban en un país extranjero y que a pesar de que conocieran el idioma, son mayores las dificultades...

Por tanto, la Agencia es quien asume el riesgo y los problemas que pudieran existir frente al cliente, distinto es, que a su vez y, en todo caso la agencia repita contra el Hotel, pero esto es un problema ajeno al usuario... En conclusión entendemos que los actores han acreditado a la Sala, que concertaron un viaje con la agencia demandada para pasar en Londres desde el día 16 al 20 de abril y que habían asimismo sacado entradas para acudir al teatro tanto el día 16 como el día 17, no pudiendo disfrutar de tal viaje porque el mismo día de su llegada no disponían de alojamiento en el hotel contratado sin que tal falta de disponibilidad no se debiera a su actitud o conducta, sino que fue la inactividad de la demandada que ni entregó lo contratado ni ofreció solución con prontitud, lo que supone un incumplimiento grave, lo que provocó la vuelta de los actores el mismo día de su llegada. Ante tal incumplimiento procede que la demandada abone a los actores la cantidad reclamada en la demanda, toda vez que por incumplimiento de lo contratado el usuario ha sufrido unos perjuicios que no le corresponde soportar".

5.5. Sentencia de 14 de julio de 1994 (Civil) de la Audiencia Provincial de Barcelona

Se pronuncia igualmente en el sentido de considerar que las agencias de viajes que ofertan y contratan con un particular un "paquete turístico" son responsables frente a éste de las deficiencias que puedan existir en la prestación de los servicios que se incluyen en el mismo, aún cuando la organización de éstos corra a cargo de otra persona -un mayorista o *tour operator*- con quien la agencia de viajes haya podido contratar a su vez y, obviamente, sin perjuicio del derecho que pueda asistir a ésta contra aquella.

Para llegar a tal conclusión, aplicada en este caso a la realización de un safari por África, la sentencia reseñada trae en causa tanto a la Ley de consumidores cuanto las consideraciones respecto del mandato o comisión mercantil que hemos tenido ocasión de contrastar antes en el fundamento de derecho primero de la SAP de Álava de 2 de marzo de 1993 (hotel de distinta categoría a la contratada).

5.6. Sentencia de 6 de septiembre de 1995 (Civil) de la Audiencia Provincial de Badajoz

Trata esta sentencia de un supuesto de hecho de particular relevancia económica, pues el viaje turístico de tres personas tiene como destino la República Popular de la China y, de nuevo, la base

normativa de resolución viene representada en exclusiva por el artículo 8 de la Ley de consumidores, ante la circunstancia de que en la programación de tal *viaje de placer* se incluían expresamente una serie de condiciones que figuraban en el folleto publicitario y que, según queda probado en el juicio, no fueron debidamente cumplidas conforme a lo pactado por la sociedad demandada.

En consecuencia, Don Javier C.M., doña Antonia G.G. y doña Agustina G.G. interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Badajoz demanda en juicio de cognición frente a la agencia de viajes "Pullmantur, SA", sobre reclamación de cantidad, por valor de 750.000 pesetas. El Juzgado dictó el 23-5-1995 Sentencia estimatoria de la demanda, que es apelada por la agencia. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, ratificando la sentencia de instancia, en la que se otorgó la cantidad referida, "en concepto de perjuicios morales derivados del incumplimiento contractual de la Agencia demandada".

Razona así la sentencia en su fundamento de derecho tercero: "... no se puso a disposición de los viajeros un "guía acompañante de habla hispana durante todo el recorrido" al que se hacía referencia en el folleto publicitario y que, al igual que las restantes condiciones, resultan plenamente exigibles por los clientes en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la vigente Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. La carencia de guía en un país con un idioma de compleja comprensión, en el que, además, es notoriamente conocido que los signos gráficos utilizados habitualmente son radicalmente distintos a los de nuestro entorno occidental, originó una serie de inconvenientes sobrevenidos que han sido relatados y suficientemente probados por los actores que, junto a los demás conceptos por los que se reclama, los cuales tampoco fueron cumplidos íntegramente conforme a lo pactado (a título de ejemplo, si la sociedad demandada sabe que el tren en cuestión solamente tiene una categoría, podía evitar las razonables dudas de los clientes derivadas de la confusión provocada simplemente con eliminar la expresión "1ª categoría"), hacen que la cantidad reclamada resulte ajustada a los daños y perjuicios de carácter moral sufridos por los actores, por lo que la resolución recurrida ha de ser íntegramente confirmada".

6. CONSIDERACIONES FINALES: INTEGRACIÓN DEL CONTRATO Y NOCIÓN DE CONSUMIDOR

En la jurisprudencia reseñada, hemos tenido ocasión de comprobar que el recurso técnico a la legislación propia de consumidores constituye el soporte de la mayor parte de las sentencias consideradas. Sólo una de ellas (la de la Audiencia de Pontevedra) resuelve basándose exclusivamente en las normas generales del Código civil. Sin embargo, el sentido de los fallos correspondientes es idéntico, pues en el fondo se trata de propugnar la necesaria integración en el contenido del contrato de las declaraciones publicitarias realizadas por los oferentes de bienes y servicios y, por cuanto se refiere a los viajes turísticos, la responsabilidad de las agencias de viajes.

En relación con los consumidores, semejante conclusión viene impuesta por el propio tenor literal del artículo 8 de la Ley especial.

Para quienes no puedan atribuirse la condición de consumidores, por no ser destinatarios finales³, la inaplicación de la ley especial no significa sin embargo que la *publicidad contractual* no sea determinante del contenido del contrato, sino sencillamente que dicha regla ha de extraerse del correcto entendimiento del artículo 1.258 del Código civil, conforme al cual “los contratos... obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Así pues, la integración del contrato con el contenido publicitario de las declaraciones de las partes no es sólo consecuencia impuesta por la legislación especial a la que se ha hecho referencia (consumidores y viajes combinados), sino también un principio ínsito en el Código civil y, por tanto, de generalizada aplicación en todos los supuestos en que la actividad publicitaria de una de las partes, tras la consiguiente prueba, así lo exija.

3. Como es sabido, dicho dato se convierte por el artículo primero de nuestra Ley 26/1984 en una clave de bóveda del sistema, afirmando el requisito de ser destinatario final de los bienes y servicios tanto en sentido positivo (número 2), cuanto en sentido negativo (núm. 3). Vid. A. BERCOVITZ, *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en “Estudios sobre Consumo”, 1984/3, págs. 11 ss.

2

NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA TURÍSTICA Y SU APLICACIÓN

POR EL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LAS
COMUNIDADES
EUROPEAS

NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA TURÍSTICA Y SU APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS*

Carlos Gómez de la Cruz Talegón

Letrado del Servicio Jurídico de la Comisión Europea

Mi intervención, estando dirigida de una parte a un colectivo de abogados y de otra a profesionales del sector turístico exige la exposición de algunas generalidades sobre el derecho comunitario europeo, como sus fuentes y su aplicación que sin duda serán lugares comunes para los profesionales del derecho, sobre todo si han recibido una especialización en esta rama del derecho. Pido indulgencia a esta parte del colectivo de asistentes. Esto permitirá la comprensión de la exposición al resto del auditorio.

La exposición se dividirá en tres bloques independientes, a saber, el primero sobre la evolución histórica del derecho comunitario del turismo, sus bases legales actuales y su financiación. El segundo, sobre la actual normativa comunitaria del turismo. Por último, el tercero corresponde a la Jurisprudencia comunitaria en materia de turismo.

Como es bien sabido, el extremo superior de la pirámide normativa comunitaria está representada en líneas generales por tres tratados internacionales y sus posteriores modificaciones y complementos. Estos son el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, a punto de extinguirse por caducidad en el año 2002, y que fue adoptado en 1951, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía atómica, adoptado en 1957 y, por último, el Tratado constitutivo de la Comunidad europea, antes Comunidad Económica Europea, adoptado también en 1957. Los dos primeros son tratados sectoriales cuyo objeto no guarda relación directa con el turismo ni el derecho turístico. El tercero, el Tratado de la Comunidad europea ha sido el instrumento "constitucional" que ha posibilitado la creación de las bases de un derecho comunitario del turismo. Este Tratado ha sufrido modificaciones, que han afectado también a las iniciativas comunitarias sobre el turismo. Por sólo referirme a sus modificaciones posteriores a nuestro ingreso en las Comunidades Europeas, aparte los Tratados de ampliación de la Comunidad, mencionaré el Acta Única Europea, en 1986, el Tratado de Maastricht o de la Unión Europea, en 1992 y el reciente y aún no en vigor Tratado de Amsterdam.

Las iniciativas jurídicas-económicas en el campo del turismo se han encontrado desde la noche de los tiempos con la limitación consistente en la falta de una base legal autónoma relativa al turismo en el Tratado de la Comunidad Europea. El artículo 2 del Tratado fija las misiones de ésta y el artículo 3 las acciones que emprenderá la Comunidad para alcanzar dichos fines. En la versión original del Tratado ninguna referencia directa es hecha al turismo. No obstante, en la actualidad, en virtud de las modificaciones operadas en el Tratado CE por el Tratado de la Unión Europea, así como por la adopción aparte del Tratado sobre Espacio Económico Europeo, podemos encontrar en la cúspide normativa europea referencias directas al turismo.

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 19 de mayo de 1998.

A partir de 1993, el artículo 3 del Tratado CE ya contiene una referencia, en su apartado "t" a "medidas en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo".

Asimismo la declaración nº 1 aneja al Acta final del Tratado de la Unión Europea establece que:

"La Conferencia declara que la cuestión de la introducción en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de los títulos relativos a los ámbitos mencionados en la letra t) del artículo 3 se examinará con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo N del Tratado de la Unión Europea, tomando como base un informe que la Comisión presentará al Consejo a más tardar en 1996.

La Comisión declara que la actuación de la Comunidad en estos ámbitos proseguirá conforme a las disposiciones actuales de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas."

Ello significa que la cuestión de dotar al turismo de una base legal autónoma debía ser objeto de la atención por la conferencia intergubernamental prevista para la revisión de los Tratados que dio lugar al Tratado de Amsterdam.

Como se sabe el Espacio Económico Europeo es el fruto de un Tratado entre la Comunidad, sus Estados miembros y los Estados miembros de la EFTA (Asociación Europea de Libre Cambio) en virtud del cual se establece un espacio económico ampliado en el que las libertades económicas europeas y ciertas políticas comunitarias europeas se aplican allí. No obstante, no se extiende a todas las políticas de la Comunidad Europea. En el acto constitutivo de esta Europa comunitaria ampliada, su tratado, hay referencias al turismo, a saber, los artículos 78, 79 y 82 así como al artículo 8 del Protocolo nº 31. En virtud de las normas precitadas, el turismo es un campo en el que los Estados reforzarán y ampliarán su cooperación, estableciendo un diálogo y una cooperación más estrecha que podría contribuir a los objetivos comunes, entre ellos el turismo. Para estas acciones, se prevé una participación financiera en proporción al producto interior bruto. En lo que se refiere al Turismo, las partes contratantes determinarán los ámbitos y actividades de esta cooperación.

A pesar de las referencias "constitucionales" al turismo en los Tratados y a pesar de la Declaración nº 1 del Tratado de la Unión Europea, el turismo, como ya se avanzó, continua sin base legal autónoma. Los esfuerzos de muchos interlocutores, reforzados por el impulso político del Parlamento Europeo, en las negociaciones previas a la adopción del Tratado de Amsterdam no consiguieron su objetivo de incluir en el nuevo Tratado CE revisado la demandada base legal autónoma del turismo.

Cabe preguntarse en que consiste precisamente la ausencia de una base legal autónoma y sobre sus eventuales consecuencias.

El Tratado CE, se ha dicho, menciona objetivos y medios en sus artículos 2 y 3. Los objetivos más caracterizados de la Comunidad son dotados de un título propio en el Tratado que determina tanto el régimen jurídico de este campo como el procedimiento de toma de decisiones en el mismo. Así por ejemplo, el título II de la tercera parte está destinado a la agricultura, el IV a los transportes o el XI a la política de los consumidores.

El procedimiento legislativo comunitario, el que sirve para crear el derecho comunitario derivado, adopta formas diversas según la materia de que se trata. El diferente papel atribuido a las tres principales Instituciones en el procedimiento legislativo (la Comisión, el Parlamento y el Consejo), así como las mayorías más o menos reforzadas exigidas en cada campo, determina el procedimiento de adopción de normas. En la actualidad las combinaciones existentes exceden de veinte. Los procedimientos generales de adopción de decisiones en razón del papel, de menor a mayor, atribuido al Parlamento Europeo son el procedimiento de consulta, el procedimiento de cooperación y el procedimiento de codecisión.

La adopción del derecho derivado comunitario en un campo concreto se rige por el procedimiento establecido en su base legal autónoma. Así por ejemplo, en la política de los consumidores, cuya base legal autónoma se encuentra en el artículo 129A del Tratado, en virtud de una referencia al 189B, se establece que la legislación de consumidores se adoptará en conformidad al procedimiento de codecisión. También permite tomar decisiones en codecisión a través el artículo 100A destinado al mercado interior.

Para todos los campos de actividad, incluido el turismo, que carecen de una base legal autónoma, la actividad comunitaria está sometida a un procedimiento legislativo establecido en el artículo 235 del Tratado. En virtud de este artículo

“Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.”.

Quiere esto decir que las iniciativas jurídicas comunitarias en materia de turismo tienen que optar, bien por la utilización del artículo 235 del Tratado, bien por la utilización de otra base legal autónoma con la que el turismo guarde una relación estrecha. La aplicación del artículo 235 presenta el problema, aparte el escaso peso del Parlamento en la toma de decisiones, de la necesidad de unanimidad en el seno del Consejo o lo que es lo mismo, de todos los Estados miembros de la Comunidad. Este procedimiento que permitió adoptar la Decisión 94/421 sobre el programa de medidas a favor del turismo 93-96 por ejemplo, no hay conseguido hasta hoy hacer adoptar por la totalidad de los Estados miembros el programa “PHILOXENIA” sobre el turismo.

Como consecuencia de este obstáculo, a veces como se ve insalvable, ha sido necesaria a fin de adoptar iniciativas turísticas europeas, sobre todo en el campo estrictamente jurídico, acudir a otras bases legales que guardan una relación estrecha con el turismo. Tanto es así que dentro de la políti-

ca de transportes y sobre todo de la política de consumidores han sido adoptadas la mayoría de las normativas comunitarias en materia de turismo. De este modo los Reglamentos y Directivas comunitarios que afectan al turismo han seguido el procedimiento legislativo llamado de cooperación (artículo 189C para el transporte) o de codecisión (artículo 189B para la política de consumidores).

La Comunidad Europea ha mostrado desde antiguo una sensibilidad a los temas turísticos. No obstante es a partir de los primeros años 80 cuando hay una aceleración vertiginosa de las iniciativas comunitarias turísticas. Estas pueden ser divididas en dos grandes bloques, medidas directas y medidas indirectas.

Entre las primeras cabe destacar la Decisión 94/421 sobre el primer plan de acciones comunitarias en favor del turismo, y el proyecto de Decisión del Consejo sobre un primer programa plurianual en favor del turismo europeo "PHILOXENIA" (1997-2000) que no tuvo la suerte de contar, en noviembre pasado, con el asentimiento de todos los Estados miembros y no pudo, por consecuencia, ser aprobado. Entre las medidas directas, pero relacionadas con el campo de la estadística, cabe señalar la aprobación sobre la base del artículo 213 del Tratado, desde 1990 un programa bianual así como la adopción de la Directiva 95/57.

Entre las medidas turísticas indirectas cabe destacar las siguientes:

- en la política de protección al consumidor ha sido adoptada una abundante normativa que tendremos ocasión de examinar en la segunda parte de esta exposición;
- lo mismo cabe decir de la política de transportes;
- el establecimiento de unas redes transeuropeas, como preconiza el artículo 129B del Tratado, no dejará de tener incidencia en el turismo, sobretodo en lo que se refiere a la infraestructura de transportes;
- la protección del medio ambiente a través de directivas y de la celebración de convenios internacionales no dejará de tener influencia en la calidad del turismo;
- el patrimonio cultural, de tanta importancia para el turismo en los países de la Europa del Sur ha sido apoyado por la Comunidad Europea por el programa de acciones comunitarias "RAPHAEL" así como por el desarrollo de tecnologías para la protección del patrimonio cultural europeo a través de los programas marcos de "I+D";
- a través del apoyo a las pequeñas y medianas empresas en el marco de esta política y en la más general de política empresarial se ayuda también al turismo europeo;
- la realización de un mercado interior, con la armonización que conlleva, favorece el turismo transnacional en cuanto que levanta barreras. Así se han eliminado controles en frontera, faci-

litado el paso de equipajes y permitido comprar libres de impuestos a los turistas fuera de su país de origen;

- la política de justicia y asuntos de interior de la Unión Europea, la llamada tercer pilar, en cuanto favorece la libre circulación de personas favorece el turismo. Piénsese por ejemplo, la facilidad de traspasar fronteras por los turistas que supuso, aún antes de la inauguración de este tercer pilar, la celebración de los acuerdos de Schengen;
- en el campo de la educación y la formación profesional, programas comunitarios han favorecido el turismo;
- la política de la competencia europea impidiendo prácticas colusorias y abusos de posición dominante favorece un desarrollo armónico de la industria turística;
- es en el campo de los Fondos Estructurales, sobre todo FEDER y, Fondo Social Europeo donde desde el punto de vista económico la intervención de la Comunidad Europea se hace más patente. Se ha calculado que en un período de 5 años el turismo ha recibido aproximadamente medio billón de pesetas para cofinanciar proyectos de inversión y de infraestructura turística.

Como se ve la política comunitaria ha sido hasta la actualidad más política indirecta que directa. Esto no debe deslucir el papel que la Comunidad Europea mantiene en el turismo. Este ha sido objeto de numerosísimas iniciativas. Como termómetro de esta inquietud basta decir que ha sido objeto el turismo de casi 300 preguntas parlamentarias así como de la numerosa legislación que más adelante mencionaremos.

En el campo puramente económico de la financiación turística, ésta a pesar de contar con una línea presupuestaria propia, la B5-325, no ha sido nutrida abundantemente hasta la actualidad puesto que como hemos visto se hace la financiación indirectamente en el marco de otras políticas comunitarias.

El segundo gran apartado de mi intervención de hoy estaba destinado a la Normativa Comunitaria en materia de turismo. Haremos antes una breve introducción a las normas jurídicas comunitarias cuyo rigor será proporcional a su reducida extensión. Permítanme que haga, en aras a la brevedad, como decía ORTEGA Y GASSET, alguna exageración de aproximación que no opta a exactitud.

Las normas comunitarias se dividen en dos grandes categorías: derecho comunitario originario y derecho comunitario derivado, de menor rango jerárquico como se deduce de su propio nombre. El primero está formado por los tres Tratados fundacionales, ya mencionados así como de sus modificaciones y complementos. El problema de la inclusión de la actividad turística en esta categoría superior de normas comunitarias ha sido ya expuesto con anterioridad al hablar de las bases legales del turismo.

Las disposiciones jurídicas vinculantes de derecho comunitario derivado, por lo que se refiere a la Comunidad Europea, están construidas por reglamentos, directivas y decisiones. Conforme al artículo 189 del Tratado

“El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.”.

Si se me permite hacer, en aras de la comprensión, hacer una comparación con las disposiciones vinculantes del ordenamiento jurídico español, los reglamentos comunitarios se asimilarían a las leyes y reglamentos, y las decisiones, al no tener alcance general, con los actos administrativos. Recuerden no obstante, les ruego, que esta asimilación carece de rigor jurídico.

No existe en derecho interno español una norma similar a la directiva comunitaria. Esta es una disposición que señala un resultado normativo a alcanzar de forma obligatoria por el Estado miembro y éste tiene libertad de conseguir ese resultado a través de un cualquier procedimiento admisible en su orden interno con tal de conseguir su fin. Quiere esto decir que el Estado miembro tiene que adoptar medidas, generalmente de carácter legislativo, para alcanzar tal resultado. Cuando a través de su normativa interna adoptada ha conseguido el resultado se dice que la directiva ha sido transpuesta. Estas directivas establecen un plazo máximo en el que el Estado miembro debe alcanzar el resultado perseguido. Transcurrido el plazo, la directiva, que en principio y hasta ese momento sólo producía efectos jurídicos dirigidos al Estado miembro a fin de la transposición en derecho interno del resultado demandado, puede empezar a producir efectos directos.

En virtud de ese efecto directo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, una directiva no transpuesta en el plazo prescrito puede otorgar derechos a un ciudadano con tal que sus disposiciones sean incondicionales y suficientemente precisas. Quiere esto decir que la directiva en sí misma sería suficiente para facultar a un particular a ejercitar un derecho concedido por la misma contra el Estado incumplidor de su deber de transponer la directiva. Obsérvese que este efecto directo, llamado efecto directo vertical, no produciría muchas consecuencias, en caso de no-transposición del Estado miembro, en el derecho comunitario del turismo, puesto que estando gran parte de sus normas dictadas en el marco de la política de defensa de los consumidores, contempla relaciones jurídicas entre particulares más que las de éstos con el Estado miembro. Cosa distinta y que no trataremos ahora es determinar el deber de indemnización a un particular por parte del estado como consecuencia de su incumplimiento caracterizado.

Cabe preguntarse si es posible en caso de una directiva no transpuesta en el plazo prescrito ejercitar una acción o reclamación de un particular frente a otro en virtud de una facultad o derecho establecido en la directiva no transpuesta. O lo que es lo mismo si el Tribunal de Justicia reconoce el efecto directo horizontal de las directivas.

A pesar que no faltan autores que preconizan tal reconocimiento con argumentos de peso hasta la actualidad el Tribunal de Justicia ha cerrado esta posibilidad. Así una jurisprudencia constante establece que una directiva no transpuesta no puede por sí misma crear obligaciones a cargo de un particular y no puede pues, ser invocada en su contra. Esta doctrina del Tribunal es atenuada por otras declaraciones jurisprudenciales, tales como que las normas internas del Estado miembro deben interpretarse también en la medida de lo posible a la luz del texto y la finalidad de la directiva no transpuesta para alcanzar el resultado perseguido por aquella.

Establecida ya la introducción anunciada a las normas comunitarias y explicado, aún con brevedad, el efecto de las directivas no transpuestas no nos queda sino que enunciar las principales normas comunitarias europeas relacionadas con el turismo. En la medida que estas normas jurídicas, o sus transposiciones en derecho español cuando se trata de directivas van a ser objeto de exposiciones en los próximos días en el marco de este ciclo de conferencias, me limitaré a, en su caso, además de enunciarlas, hacer algún comentario general. Son las siguientes:

- Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

Ha sido transpuesta al derecho español por la ley 21/95 de 6 de julio. Es quizás en la actualidad, por su importancia intrínseca y por los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Luxemburgo, la más importante de las normas comunitarias europeas del derecho turístico. Ha sido también, ella sola, objeto de 23 preguntas parlamentarias en el Parlamento Europeo. Tendremos ocasión de volver a ella en el final de la exposición dedicada a la jurisprudencia comunitaria. Fue adoptada en el marco de la política de los consumidores, aunque como a la fecha de su aprobación no existía una base legal específica para esta política, que no existió hasta la modificación del Tratado CE por el Tratado de la Unión Europea en 1993, fue adoptada sobre la base del artículo 100A relativa al mercado interior. El actual artículo 129A del Tratado permite también sobre esta base legal continuar adoptando medidas en favor de los consumidores.

- Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirientes en lo relativo a determinar aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Adoptada también sobre la base del artículo 100A. La particularidad de esta directiva en lo que respecta al Reino de España está en que a pesar que el plazo máximo de transposición estaba establecido el 29 de abril de 1997, aún el Boletín Oficial del Estado no ha publicado la norma de transposición. Permítanme en calidad de miembro del personal de las Comunidades Europeas y especialmente del Servicio jurídico de la Comisión, que guarde el

deber de discreción que me corresponde sobre la existencia o no y su eventual desarrollo de un procedimiento de infracción. No obstante sí que puedo exponer, en abstracto, como se desarrolla un procedimiento de infracción por no-transposición de una directiva en derecho interno dentro del plazo establecido para ello. Este procedimiento, cuya iniciativa está atribuida a la Comisión, se encuentra regulado en el artículo 169 del Tratado CE.

Transcurrido el plazo establecido en la directiva sin que el Estado miembro haya adoptado las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas necesarias para adecuar su ordenamiento interno a la directiva en cuestión, la Comisión le dirige una carta de emplazamiento estableciendo un plazo para la respuesta a la misma. Falta de respuesta o si ésta no convence a la Comisión, ésta dirige al Estado un dictamen motivado estableciendo un nuevo plazo para presentar observaciones al mismo. De nuevo, falta de respuesta o si ésta no es satisfactoria a juicio de la Comisión, ésta puede recurrir al Tribunal de Justicia. Si éste reconoce la existencia de la infracción dictará una sentencia declaratoria de la infracción del Estado miembro. Si persiste la infracción a pesar de la condena del Tribunal, el artículo 171 del Tratado, en su nueva redacción introducida por el Tratado de la Unión Europea, permite que previo el envío otro dictamen motivado, si el Estado miembro no corrige su infracción en el plazo establecido, la Comisión someta de nuevo el asunto al Tribunal de Justicia señalando, y ésta es la novedad, la suma a tanto alzado o multa coercitiva deba ser pagada por el Estado miembro. Puede ser condenado el Estado miembro así a una multa periódica hasta que transponga la directiva en cuestión.

- Reglamento (CEE) n° 295/91 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular. Llamado también reglamento "Overbooking". Obsérvese que por su carácter de reglamento produce efectos directos por sí mismo sin necesidad de transposición. Aunque no deja de tener relación con la protección de los consumidores y por supuesto con el turismo, fue adoptado en el marco de la política de transporte conforme al artículo 84.2° del Tratado CE.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que no deja de proteger a los consumidores turísticos en el marco de sus contratos. Fue adoptada conforme al artículo 100A.
- Directiva 97/7/CE el Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que no debía de formar parte de esta relación sino para resaltar que sus artículos más característicos 4, 5, 6 y 7.1° están, en virtud de sus artículo 3°, excluidos de explicación para los contratos de transportes, de comidas o de esparcimientos, cuando el proveedor se compromete, al celebrar el contrato, a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto. Quiere ésto decir que se excluye el "efecto turístico" de la directiva.
- Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en mate-

ria de crédito al consumo. Fue modificada por la Directiva 90/88/OCEE de 22 de febrero de 1990. Adoptada sobre la base del artículo 100 del Tratado CE, cabe destacar de ella que su aplicación fue objeto de controversia en un recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dando lugar a la Sentencia de 7 de marzo de 1996 en el asunto El Corte Inglés/Blázquez.

- Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo de 9 de octubre de 1997 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, adoptado en el marco de la política europea de transportes conforme al artículo 84.2 del Tratado CE.
- Conforme a la misma base legal podemos citar también al Reglamento n° 2299/89 del Consejo, de 24 de julio de 1989, por el que se establece un código de conducta para los sistemas informatizados de reserva.
- A título histórico-aneecdótico cabe mencionar la Decisión 87/359/CEE de la Comisión de 22 de junio de 1987 relativa a las reducciones de tarifas de los transportes aéreo y marítimo reservados exclusivamente a los residentes españoles en las Islas Canarias y Baleares, por la que se declaró incompatible con el Tratado CE las reducciones de tarifa de transportes, existentes en la época, en la medida que excluyan de ese beneficio a los nacionales de los demás Estados miembros residentes en esas islas.
- En último lugar, y sin que esta relación comentada tenga carácter absolutamente exhaustivo, cabe mencionar la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Adoptada, conforme al artículo 100 del Tratado, en el marco de la armonización propia al mercado común, tiene también como destinatarios a los consumidores turísticos.

El último tercio de esta exposición está destinado a la Jurisprudencia comunitaria en materia de turismo. A pesar que los Tribunales comunitarios son dos, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia, la jurisprudencia que nos interesa ha sido dictada sólo por el primero. Vamos a examinar de forma sucesiva ahora, primero, algunas generalidades sobre el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, segundo, los asuntos que han sido ya sentenciados por éste y que guardan relación con el derecho turístico y, por fin, los asuntos pendientes ante el Tribunal. Es evidente que sobre éstos últimos sólo trataremos aquellos elementos que sean actualmente públicos.

La jurisprudencia comunitaria relativa al derecho turístico se ha dictado en el marco de dos tipos de procesos, el recurso por incumplimiento y el recurso prejudicial. El primero, que es el tipo de proceso que dio lugar a la declaración de incumplimiento del Reino de España en el caso de los guías turísticos es la acción judicial que compete ejercer a la Comisión, conforme al artículo 169 del Tratado CE, contra un Estado miembro que no cumple las obligaciones que le incumben. Es la última etapa, como se ha visto anteriormente, de un procedimiento de infracción al derecho comunitario.

El recurso prejudicial, en el marco del cual se ha dictado la mayoría de sentencias existentes en materia turística es una especialidad procesal propia del sistema legal comunitario. Este procedimiento, que tiene el carácter de incidente, permite a un órgano judicial nacional someter al Tribunal de Justicia Comunitario la llamada cuestión prejudicial. Esta cuestión puede versar sobre la interpretación del derecho, entendiendo por tal el conjunto de normas y disposiciones, incluidas las sentencias. También puede tratar sobre la validez de las normas, estando excluidos de esta cuestión prejudicial los Tratados, sentencias y acuerdos internacionales. Todos los órganos judiciales nacionales tienen la facultad de someter la cuestión. La interpretación de lo que sea un órgano judicial ha sido en general muy amplia. Conforme al artículo 177 del Tratado CE, esta facultad se convierte en obligación para el órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

Las sentencias dictadas en recursos perjudiciales son en general la mitad o algo más del conjunto de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia Comunitario. El proceso viene a tener una duración media de un año y medio. Se trata naturalmente de la cuestión prejudicial y no de la fase nacional de proceso nacional. Llama la atención el escaso número de recursos prejudiciales procedentes de España, sin duda relacionado con nuestra juventud y bisoñez en la andadura comunitaria. Botón de muestra de esta afirmación sería comparar el número de recursos procedentes de España y de Bélgica, país bastante más reducido en población y territorio, en los nueve años inmediatamente posteriores a nuestro ingreso en las Comunidades Europeas: 41 para España para un total de 164 para Bélgica.

Dicho ésto, vayamos a escoger la jurisprudencia comunitaria más representativa. Del mismo modo que la Directiva 90/314 de 13.06.1990 sobre viajes combinados es la normativa turística comunitaria más caracterizada, la jurisprudencia interpretativa de esta directiva es también, en el campo turístico la más caracterizada.

-La Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de octubre de 1996 en el asunto DILLENKOFER y otros/ALEMANIA. Además de versar sobre la interpretación de la directiva sobre viajes combinados, ha sido muy comentada esta sentencia en cuadro más general del derecho comunitario porque marca un jalón más y bastante importante en la construcción jurisprudencial comunitaria de la responsabilidad y obligación de reparar de los Estados miembros en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Prueba de la importancia del asunto sometido al Tribunal es que éste decidió en pleno y que intervinieron en el proceso, además de la Comisión que lo hace siempre, Alemania, el Reino Unido y Holanda.

El artículo 7 de la directiva viajes combinados establece que:

“El organizador y/o el detallista que sean parte en el contrato facilitarán pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor.”.

El Sr. Dillenkofer y los otros demandantes en el litigio nacional contrataron diversos viajes combinados en un momento en el que como consecuencia de la falta de transposición al derecho alemán del artículo 7 de la directiva no disponían de la protección otorgada por este artículo. Recuérdense que las directivas no tienen efecto directo horizontal. Como consecuencia de la quiebra en 1993, de los dos operadores a los que habían adquirido sus respectivos viajes, tuvieron, unos, que correr con los gastos de regreso de su lugar de vacaciones y, otros, no pudieron iniciar su viaje. Además ninguno consiguió que le fueran devueltas las cantidades abonadas a los operadores o los gastos realizados durante el viaje de regreso.

Los demandantes interpusieron ante la justicia alemana una acción indemnizatoria contra el Estado Alemán, alegando que si se hubiera adaptado al derecho alemán a la directiva durante el plazo establecido, habrían sido protegidos contra la quiebra de los operadores. Se apoyaban los demandados en una línea jurisprudencial abierta recientemente por el Tribunal de Justicia en virtud de la cual el incumplimiento estatal podría dar lugar bajo determinadas condiciones a la obligación de indemnizar. Así las sentencias Francovich, Brasserie du pêcheur y Factorfone y otras habían abierto una puerta que querían utilizar los recurrentes.

El Tribunal de Justicia recuerda en la sentencia las condiciones previas al deber indemnizatorio del Estado, a saber, 1º) que la norma de derecho comunitario violada tenga por objeto conferir derechos, 2º) que la violación sea lo suficientemente caracterizada y 3º) que exista una causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares. En este asunto considera el Tribunal la violación consistente en no transponer una directiva como violación suficientemente caracterizada, estima que el artículo 7 de la directiva atribuye a los particulares derechos cuyo contenido es suficientemente identificado y declara igualmente la relación de causalidad existente entre la violación y el perjuicio.

Así el Tribunal de Justicia en esta sentencia, además de tratar algunos asuntos colaterales propios del derecho alemán, dando razón a los particulares declara el derecho de los particulares a obtener una reparación del Estado Alemán como consecuencia de la no transposición de la directiva.

- La sentencia del Tribunal de Justicia del 14 de mayo de 1998 en el asunto C-364/96 trata de nuevo la Directiva 90/314 sobre viajes combinados determinando el alcance de la protección contra el riesgo de insolvencia del organizador.

El artículo 7 era de nuevo objeto de controversia. Unos turistas austríacos habían realizado un viaje combinado a Creta cuyo precio había sido pagado en su totalidad antes de iniciarlo. Mientras se encontraban hospedados en el hotel, el propietario del mismo, informado de la insolvencia del organizador exigió a los viajeros el pago de la totalidad de las noches de estancia en el establecimiento y recurrió a la fuerza física para impedir que se marcharan. Los demandantes se vieron obligados a pagar la factura una segunda vez. Un organismo cuya misión es garantizar el cumplimiento de las normas en materia de protección a los consumidores reclamó en justicia al asegurador del organizador del viaje la devolución de los gastos de

estancia en el hotel de los turistas. El asunto fue sometido como cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Se trataba en suma de pedir al tribunal que interpretara si la expresión “quedará garantizada la repatriación del consumidor” comprendía o no los referidos pagos realizados al hotel.

El Tribunal haciendo una interpretación teleológica de la directiva da razón a los turistas en su reclamación.

- En el marco del artículo 169 del Tratado, recurso por incumplimiento, se han dictado una serie de sentencias en relación a los guías turísticos.

Varias de ellas se refieren a otros Estados miembros diferentes a España. Éstas son la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 1991 en el asunto C-180/89, Comisión contra República Italiana. También la sentencia del mismo día en el asunto C-198/89, Comisión contra Grecia. Y otra sentencia de la fecha en el asunto C-154/89 Comisión contra Francia. En las tres el Tribunal declara el incumplimiento de los tres Estados al no haber respetado la libertad de prestación de servicios de los guías turísticos no nacionales.

- La sentencia de 22 de marzo de 1994 en el asunto 375/92, Comisión contra Reino de España, en el marco también de un recurso por incumplimiento del artículo 169, se refiere a los GUIAS TURÍSTICOS de nuevo.

En esta sentencia, además de como es habitual condenar en costas al Reino de España se declaró el incumplimiento de las autoridades españolas de las obligaciones que le incumben con arreglo a los preceptos del Tratado CE que regulan la libertad de circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, libertad de prestación de servicios y el deber general de colaboración de los Estados miembros

- “- al subordinar el acceso a la profesión de guía turístico y de guía-intérprete a la posesión de la nacionalidad española;
- al no establecer un procedimiento de examen y comparación de la formación adquirida por un ciudadano comunitario que esté en posesión de un título de guía turístico o de guía-intérprete expedido en otro Estado miembro en relación con la exigida en España;
- al subordinar la prestación de servicios de guías turísticos que viajan con un grupo de turistas procedentes de otro Estado miembro, cuando dicha prestación consiste en guiar a estos turistas en lugares distintos de los museos o monumentos históricos que sólo pueden visitarse con un guía profesional especializado, a la posesión de una tarjeta profesional que supone la adquisición de una formación determinada acreditada mediante un título, y
- al no proporcionar a la Comisión las informaciones solicitadas sobre la normativa de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las actividades de guía turístico y de guía-intérprete”.

- La sentencia del Tribunal de 7 de marzo de 1996, en el asunto C-192/94, el Corte Inglés S.A. contra Cristina Blázquez Rivero, concernía la aplicación de la directiva, antes mencionada, 87/102 en materia de crédito al consumo.

La Sra. Blázquez celebró un contrato de viajes turísticos con el Corte Inglés y para una parte de su pago contrató un crédito con una sociedad financiera del mismo grupo.

La demandante reprochando defectos de cumplimiento a la agencia planteó unas reclamaciones, que al no ser satisfechas, le condujeron a dejar de abonar los plazos a la otra sociedad financiadora. Ésta presentó ante los tribunales españoles una reclamación de cantidad.

El artículo 11 de la Directiva 87/102 permite dirigirse contra el financiador, bajo ciertas condiciones, por incumplimiento de prestaciones si hay un acuerdo exclusivo de financiación. A la época de los hechos, a pesar de haber transcurrido el plazo de transposición de la directiva al derecho español, esta tarea no había sido realizada.

El derecho español, en la medida que establece el artículo 1257 del Código civil que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, no permitía a la demandante relacionar el presunto incumplimiento de sus obligaciones por una sociedad con otra sociedad financiadora diferente. Pedía la demandante, en otras palabras, apoyada por el órgano jurisdiccional, un tribunal de primera instancia de Sevilla, la declaración del efecto directo horizontal de la directiva no transpuesta.

El Tribunal de Justicia, que recientemente había renovado su oposición al efecto directo horizontal en la sentencia Faccini Dori, volvía a proclamar la misma doctrina al decir que a falta de medidas nacionales de transposición el consumidor

“no puede basar en la propia Directiva una acción dirigida contra un concedente de crédito, persona privada, a causa de defectos en el suministro de bienes o en la prestación de servicios por parte del proveedor o del prestador con el que dicho concedente de crédito ha celebrado un acuerdo de financiación exclusiva e invocar este derecho ante un órgano jurisdiccional nacional”.

En lo que respecta a los asuntos pendientes de fallo, que se encuentran actualmente sometidos ante el Tribunal de Justicia cabe señalar:

- El asunto C-140/97, Rechberger contra Austria, relativo a la aplicación de la Directiva 90/314 sobre viajes combinados, en el que de nuevo y por tercera vez ante el tribunal se interpretaba su artículo 7. Se trata también de una cuestión prejudicial. La audiencia pública tuvo lugar el pasado 5 de mayo. Después de este trámite procesal, normalmente sólo cabe esperar que el Abogado general pronuncie sus “Conclusiones” y más tarde que el Tribunal dicte sentencia.

Están en cuestión el régimen del viajero que sólo paga su habitación individual si viaja solo o las tasas de aeropuerto si viaja acompañado de otro viajero que ha realizado un pago com-

pleto del viaje. También la consideración de un viaje regalo en el marco de una acción publicitaria declarada contraria al derecho de la competencia. También se alega por una de las partes una violación del derecho comunitario en la normativa nacional de transposición. El tema de esta eventual violación y su nexo causal con el daño causado forma parte también, del objeto de la cuestión prejudicial.

- El asunto C-237/97, AFS Intercultural Programmes Finland ry: vireille panemassa asiassa (Finlandia) es también de carácter prejudicial y trata la aplicación de la Directiva 90/314 sobre viajes combinados.

En este asunto se pone en cuestión la obligación para un organismo sin ánimo de lucro de estar inscrito en el registro de empresas organizadoras de viajes organizados mantenido por la oficina de consumidores para poder ejercer su actividad de envío de estudiantes en el marco de intercambios de escolares.

La vista o audiencia pública está prevista para el 25 de junio.

- El asunto C-423/97, prejudicial, trata de la aplicación de la Directiva 85/577 sobre contratos negociados fuera de establecimiento comercial. El tribunal de reenvío es español y enfrenta en esta jurisdicción a Travel vac S.L. contra Manuel José Antelm Sanchís.

La cuestión sometida versa sobre la posibilidad de renunciar al contrato y las medidas a tomar en cuanto a la notificación y fijación de la indemnización en el caso de un contrato de timesharing que incluye prestaciones de servicios y otras obligaciones de valor superior al inmueble.

- El asunto C-410/96, prejudicial, Procureur de la République Française contra André Ambry, somete a la consideración del Tribunal de Luxemburgo una ley nacional francesa que para desarrollar la actividad de organizador de viajes combinados exige, para la garantía financiera del artículo 7 de la Directiva 90/314 sobre viajes combinados, bien, tener un garante en territorio nacional, bien, un acuerdo con una institución francesa establecida en territorio nacional.

Las Conclusiones del Abogado General fueron leídas el pasado 14 de mayo.

- Prejudicial de carácter fiscal y reenviado por un órgano jurisdiccional británico es el asunto C-308/96, en el que relacionado con el impuesto sobre el valor añadido se pide al Tribunal de Justicia su asistencia para determinar la noción de "agencia de viajes" y "organizador de circuitos turísticos" en el caso de un hotel que por un precio global ofrece estancia, transporte y visita turística.

Las Conclusiones del Abogado General fueron leídas el 30 de abril pasado y en consecuencia, como en el asunto anterior, se está a la espera de la sentencia.

- Muy similar al anterior, el asunto C-94/97, también prejudicial, de derecho fiscal y origen inglés versa sobre las dos nociones de "agencia de viajes" y "organizador de circuitos turísticos" en relación a la base de cálculo de las rentas.

Las conclusiones fueron leídas también el 30 de abril.

- El asunto C-394/97, cuestión prejudicial, pone en cuestión una normativa finlandesa que prohíbe la importación en franquicia de bebidas alcohólicas a viajeros cuya ausencia del territorio nacional, fuera de la Unión Europea, sea inferior a 20 horas, en relación al Reglamento 918/83 sobre franquicias aduaneras y la Directiva 69/169 sobre franquicias sobre impuestos sobre volumen de negocios e impuestos especiales.
- Por fin, el asunto C-348/96, prejudicial, de origen griego, somete al Tribunal en relación a la Directiva 64/221 sobre medidas especiales a los extranjeros en materia de desplazamiento y estancia justificadas por el orden público, la validez de una normativa nacional que permite la expulsión de por vida de un turista de otro Estado miembro por posesión de estupefacientes para su uso personal. Las conclusiones del Abogado General pudieron ser oídas el 17 de febrero de este año.

3

CESIÓN DE RESERVA Y OVERBOOKING

CESIÓN DE RESERVA Y OVERBOOKING*

Manuel I. Feliú Rey

**Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid**

La presente intervención tiene como cometido examinar, en la medida de lo razonable, lo que a su vez viene delimitado apriorísticamente por la propia naturaleza de lo que sea una conferencia, el estudio de dos cuestiones que se han encomendado a este ponente y que, en principio, pudieran parecer dispares: LA CESIÓN DE RESERVA y el denominado OVERBOOKING o SOBRESERVA.

PRIMERA PARTE: CESIÓN DE RESERVA

En materia de viajes combinados, la posibilidad de ceder la posición contractual del viajero estaba ya contemplada en la Convención de Bruselas de 23 de abril de 1970, y recogida posteriormente en el art. 4,3º de la Propuesta de Directiva fechada el 21 de marzo de 1988 (COM (88) 41 final), y definitivamente en el art., 4,3º de la Directiva 90/314/CEE.

Obviamente, la ley de transposición de dicha Directiva, Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados contempla igual cesión en su art. 5.

¿Qué características reviste la denominada “cesión de reserva” en nuestro Derecho?

1. LOS SUJETOS:

1.A. EL “BENEFICIARIO” CEDENTE

La ley 21/95, intentando determinar exhaustivamente quien puede ser cedente de su posición contractual (contratante principal o beneficiario) termina cayendo precisamente en cierta indefinición. Más explícitas resultan las legislaciones francesa, italiana, alemana, holandesa, e incluso la propia Directiva y la propuesta de la misma.

En efecto. El art. 2 define al contratante principal como “la persona física o jurídica que compre o se comprometa a comprar el viaje combinado” y por “beneficiario” entiende la persona física en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado.

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 20 de mayo de 1998.

Las legislaciones extranjeras antes citadas solventan todo problema mediante el empleo de expresiones como "viajero" (Italia, Holanda, Alemania), o "adquirente" (Francia).

Resulta obvio que el contratante principal puede ceder su posición contractual a quien quiera. Incluso a un tercero que no hubiera sido designado en el contrato como beneficiario.

Realmente, un beneficiario (estricto sensu), en principio, no es sino un tercero, que no ha tenido participación directa ni indirecta en la celebración del negocio del que resulta la atribución de un derecho a su favor. Sin embargo, la realización de dicho derecho no puede ser exigido por el beneficiario sino en el supuesto de aceptación de tal "beneficio" (el derecho = al viaje) por el mismo.

De esta forma, salvo en el supuesto de compromiso previo asumido por el contratante principal frente al beneficiario de contratar en su favor un (determinado) viaje combinado, nada ostenta el beneficiario.

Para que el beneficiario ostente en plenitud el derecho es precisa la aceptación por el mismo de dicho derecho. Producida la aceptación, el derecho se adquiere.

Así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN afirman que "el beneficiario ha de ser rigurosamente un tercero respecto del contrato que se celebre". De esta forma (continúan afirmando) "el beneficiario no tiene por qué poseer capacidad para contratar puesto que no contrata. Necesita capacidad para adquirir derecho y capacidad general de obrar, en el momento de llevar a cabo la aceptación, puesto que ésta ha de realizarse".

Es más, el beneficiario puede quedar total y absolutamente determinado en el momento de celebración del contrato, así como puede estar transitoriamente indeterminado y sometido a una posterior determinación.

Lo expuesto reconduce la cuestión a si realmente el término beneficiario empleado por la Ley 21/1995 es encuadrable en un supuesto típico de contrato en favor de tercero, problema que no puede ser objeto de estudio en este momento.

Por ello, a nuestro juicio, resulta más clara la expresión "adquirente" utilizada por el derecho francés. Nuestro criterio sigue, por lo tanto, el manifestado por DIETER MEDICUS al afirmar, a propósito del parágrafo 651-b BGB que "el viajero puede poner un sustituto. Este no es por sí mismo, parte del contrato de viaje, pero puede ejercitar los derechos correspondientes al viajero".

Luego, si puede ejercitar los derechos del viajero, también podrá los mismos -en la forma y condiciones que a dicho tercero hayan sido transmitidos-.

En todo caso, admitida la posibilidad de tal cesión por el beneficiario, resulta trascendente la existencia o no de aceptación, pues si ésta última ha recaído surge una limitación a la facultad de revocación del contratante principal. La transmisión supone ya en sí misma la aceptación: De no enten-

derse así las vicisitudes modificativas o extintivas de la relación contractual que sean obra de la voluntad de las partes contratantes serán irrelevantes para el tercero (es decir, el beneficiario) a menos que ésta las hubiere consentido.

Igualmente, para establecer la posibilidad de cesión a una cuarta persona habrá de tenerse en cuenta si existe alguna restricción -o preferencia- al respecto en la relación entre beneficiario y contratante principal (STS 24/12/1977), y entre dicho contratante y la Agencia.

1.B. EL CESIONARIO

El art. 5, 1º de la Ley 21/95 concluye estableciendo que la persona del cesionario debe reunir todas las condiciones requeridas para el viaje combinado.

Este texto merece algunas precisiones:

- Su redacción difiere notablemente de los textos de las Directivas y Propuesta de Directiva. En efecto, la Directiva contempla expresamente -siguiendo el espíritu y el texto aun más restrictivo de la propuesta de Directiva- que dicha cesión puede tener lugar “cuando el consumidor tenga algún impedimento para participar en el viaje”. Así la Exposición de Motivos de la Directiva 90/314/CEE señala que “el consumidor deberá tener la facultad, en determinadas circunstancias, de transferir la reserva”. La Propuesta de la Directiva explicita dichas “circunstancias” calificándolas de “motivos graves (tales como enfermedad, defunción)”.

No obstante, la Directiva contempla una regulación de mínimos. La ley española ensancha o amplía los supuestos de cesión de reserva a la libérrima autonomía de la voluntad de las partes, exigiendo exclusivamente al cesionario que reúna los requisitos para realizar el viaje y sin imponer condicionamiento fáctico alguno en el cedente.

- La exigencia de los requisitos en el cesionario deben ser los contemplados con carácter esencial: Aunque la ley exige que se reúnan todos los requisitos en el cesionario, estimamos que por regla general, por mor del principio de conservación de la contratación y flexibilidad de la misma, sólo pueden ser exigidos razonablemente aquellos requisitos esenciales para el viaje. Piénsese en el supuesto de turismo rural donde el cesionario es alérgico a las plantas y animales; o aquél otro donde el cesionario -ante un viaje a Suiza para practicar el esquí- no sabe y no puede esquiar: ¿es ello suficiente para evitar la cesión? Obviamente no. Creemos que las exigencias dependerán del fin del viaje y entre ellas pueden situarse: estar debidamente vacunado, en perfecto estado de salud, posesión de visado, o incluso procesar determinada cesión religiosa (v.g. viaje parroquial)...

El párrafo 651-b BGB es de redacción más detallada al señalar que el organizador puede oponerse si el tercero “no satisface las exigencias específicas del viaje o su participación contradice disposiciones legales o reglamentarias administrativas”.

- Viaje en grupo: La aceptación o no por el grupo respecto de la persona del cesionario en principio debe ser irrelevante pues nada se dispone al respecto. Sin embargo, en determinados casos, bajo el amparo de la exigencia de “reunir todos los requisitos”, la Agencia podrá oponerse a dicha cesión si prevé razonablemente la existencia de problemas. Es un supuesto no contemplado expresamente en ninguno de los Ordenamientos estudiados, y tampoco en el Comunitario. En todo caso, la posibilidad apuntada debe ser interpretada restrictivamente.

Viceversa, en sede de principio ninguna obligación surge, en los supuestos de viaje en grupo, para uno de los componentes del mismo que no puede realizar el viaje, de buscar sustituto para mantener el número de viajeros y conservar el viaje programado. Salvo pacto expreso.

1.C. LA AGENCIA DE VIAJES, DETALLISTA Y/U ORGANIZADORA

En puridad, la Agencia, sea detallista u organizadora, no es parte en la cesión de reserva. Sin embargo ostenta un interés legítimo en conocer la persona del tercero cesionario. A tal efecto la Ley 21/95 establece la obligación de comunicación escrita con una antelación mínima de quince días a la fecha de inicio del viaje a cargo del contratante principal o del beneficiario. El plazo es dispositivo ya que las partes pueden pactar otro distinto. Obviamente vendrá determinado en el pliego de condiciones generales.

Nuestra Ley es generosa en el plazo de comunicación (téngase en cuenta la posibilidad de cambios en los billetes nominativos, como los de avión). Frente al silencio, de nuestro Proyecto de ley, de la ley italiana y la francesa (que remite a su determinación reglamentaria), el Código civil holandés (art. 506) de 1992 lo fija en siete días y el BGB emplea la expresión “hasta el comienzo del viaje”, con lo cual aunque no establece plazo alguno, su tenor literal es completamente permisivo.

Sin embargo, dado el fenómeno globalizador en el que nos hallamos, es previsible: a) que el plazo venga impuesto en las condiciones generales; b) que los grandes organizadores multinacionales impongan un mismo plazo para diferentes países.

La agencia de viajes no tiene ninguna intervención activa en la cesión, salvo la posible constatación de que el cesionario reúne los requisitos exigidos. Y tampoco tiene necesidad puesto que surge en su favor una responsabilidad solidaria.

Por otra parte no corresponde a la Agencia de viajes fiscalizar la actuación ajena.

Puesta ya a examinar la comunicación, la ley establece que la misma debe practicarse “al detallista o, en su caso, al organizador”. Pues bien, la expresión “en su caso” nos reconduce a la siguiente cuestión: ¿Cuándo debe practicarse la comunicación al organizador? La legislación francesa señala escuetamente que la obligación de comunicación (que no exige forma escrita) debe realizarse al “vendedor”; el BGB y el CC holandés hablan de organizador de viajes (el BGB no establece expresamente la necesidad de comunicación, sin embargo se deduce del texto al ser el organizador quien

puede oponerse a la participación del tercero en el viaje). Por su parte, la propuesta de la directiva y la misma Directiva establecen como sujetos pasivos de la comunicación, indistintamente, el organizador o el detallista.

A la vista de lo expuesto, lo más factible es realizar una interpretación favorable al consumidor: podrá comunicar tanto a uno como a otro la cesión efectuada, siendo responsable del detallista -cuando no sea a su vez organizadora- poner en comunicación de la agencia organizadora la cesión.

2. LA GRATUIDAD DE LA CESIÓN

Resulta igualmente que solamente la ley española, -ni la Directiva, ni su Propuesta, ni las leyes extranjeras antes citadas- contemple expresamente la gratuidad de la cesión.

La razón, creemos, que fundamenta dicha exigencia, es evitar la picaresca de erigirse el cedente en intermediario a cambio de una remuneración, pues tal actividad, según el art. 2 se reserva al detallista (Agencia de Viajes).

Así pues, parece, la gratuidad debe ser entendida en el mismo sentido que lo hace nuestra doctrina al contemplar los supuestos de "contratos gratuitos" contenidos en nuestro Código Civil: contratos de préstamo, mandato, depósito; es decir, en el sentido de inexistencia de contraprestación remuneratoria, lo que no quiere decir en ningún caso que la cesión deba efectuarse con ánimo de liberalidad (*animus donandi*).

En todo caso debe quedar a salvo la indemnidad patrimonial del cedente (acción de restitución), de forma que, excepto si efectivamente dicha cesión tuviera como causa el ánimo de liberalidad, ningún perjuicio patrimonial debe experimentar quien cede su posición contractual.

La interpretación propuesta armoniza un triple aspecto:

- Los intereses económicos de los sujetos que intervienen. En efecto, la gratuidad de la cesión supone la irresponsabilidad del cedente frente al cesionario de la existencia y legitimidad del crédito, solvencia de la Agencia -de pactarse- o la insolvencia anterior a la cesión o la insolvencia pública (ex. Art. 1529 CC).
- El principio de autonomía de la voluntad ex art. 1255 CC que resulta de aplicación, de forma que las partes podrán estipular una remuneración.
- La exigencia legal de que quien se dedique habitualmente a la intermediación remunerada de paquetes turísticos revista la forma de Agencias de Viajes (con la correspondiente licencia). De esta forma, solamente la habitualidad y no el carácter ocasional de la cesión remuneratoria podrá merecer la aplicación de las sanciones administrativas oportunas (así como la aplicación de la normativa aplicable de competencia desleal).

¿El carácter oneroso de la cesión debe ser comunicado a la Agencia organizadora y/o detallista? Al tratarse de una estipulación inter alias no debe trascender a terceros, aunque este "tercero" sea quien deba realizar la prestación. Esta afirmación debe ser, desde luego, matizada por el principio de buena fe.

3. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Una última cuestión (aparte de la estéril discusión doctrinal sobre si se trata de una cesión de contrato o un supuesto de novación subjetiva GÓMEZ CALERO v. DE LA HAZA) reside en la responsabilidad asumida por el cesionario y la responsabilidad subsistente por el cedente, solidariamente, frente al detallista o al organizador.

Dicha responsabilidad directa y solidaria no es sino el establecimiento de una garantía por los conceptos que la propia ley contempla: el precio del viaje combinado y los gastos ocasionados por la cesión.

Dichos gastos adicionales han de ser justificados, carga que incumbe a la agencia reclamante (ex. Art 1214 CC), y tener una relación directa con la cesión (v.g. no cabe repercutir gastos de desplazamiento por muy justificados -documentados- que estén). En la expresión "gastos adicionales justificados que pudiera haber causado dicha cesión" (cancelación de billete de avión al ser nominativo y reserva de nuevo billete) no cabe incluir otros conceptos como resarcimiento por daños.

Y es que la "responsabilidad" a la que alude el art. 5 de la Ley 21/95 no se emplea en el sentido alemán del término *Verantwortlichkeit*, ni siquiera en la de *Haftung*, sino en la más concreta de *Schuld*. Es decir, responder como otro modo de estar obligado.

En todo caso implica una remisión necesaria a la normativa del Código civil en esta materia.

SEGUNDA PARTE: EL OVERBOOKING

I. INTRODUCCIÓN

Al escudriñar el régimen jurídico comunitario del que podríamos denominar "Derecho Turístico" sorprende que esté compuesto con carácter general por Directivas, salvo en lo que atañe a dos temas de capital importancia: Los Sistemas Informáticos de Reservas y el denominado "Overbooking", que son objeto de regulación mediante Reglamento Comunitario.

La diferencia es bien importante. Según establece el art. 189 del TUE "El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro". El mismo artículo 189,3º TUE establece que "la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios".

De esta forma resulta que al regular las materias de Overbooking y de Sistemas Informáticos de Reservas, mediante Reglamento y no a través de Directivas, se evita y pone coto a la posibilidad de que cada Estado pueda realizar un diferente desarrollo, pues la naturaleza misma del Reglamento implica una uniformidad normativa.

Pero, si bien puede entenderse esta cautela en los "Sistemas Informáticos de Reserva", ¿qué razón o razones sustenta que la figura del Overbooking se regule ni más ni menos que mediante el Reglamento (CEE) nº 295/91 (DO L 36, de 8 de febrero de 1991, p. 5)?

La respuesta se encuentra en que tanto la normativa comunitaria del Overbooking como del SIR ("Sistemas Informáticos de Reserva") son fruto de los paquetes de medidas (Segundo y Tercero) liberalizadoras del Transporte Aéreo.

Así el Preámbulo del Reglamento 295/91 habla de "garantizar un desarrollo equilibrado para un sector que debe operar en un entorno en plena transformación", de forma que la uniformidad de la regulación del Overbooking "contribuirá a garantizar que el aumento de la competencia en el transporte aéreo no produzca un deterioro en la calidad de los servicios prestados por los transportistas aéreos".

Mas antes de continuar adelante debemos intentar aclarar siquiera lo que sea el fenómeno denominado "Overbooking". La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 10 de noviembre de 1994 señalaba que *"el Overbooking es la práctica habitual de los porteadores aéreos que consiste en vender más billetes que el número de plazas de avión en el que se había pactado el traslado de los viajeros. En definitiva se acude a una palabra ajena a la lengua española, para expresar un hecho tan antiguo como el mismo comercio de transporte, dándole visos de modernidad"*.

No obstante la afirmación transcrita, debemos realizar algunas precisiones que estimamos de interés:

1. En primer lugar, como señala MAPELLI (RDM 1978, p. 363) *"en el momento presente, no es posible ni prudente buscar una palabra que, en el idioma español, pueda sustituir a la de Overbooking"*.
2. Para la existencia del fenómeno del Overbooking no basta la "sobre-venta", sino que es precisa la "sobre-reserva". Indudablemente, la sobre-reserva implica una sobre-venta, mas no viceversa. De hecho, el problema se plantea cuando la capacidad del avión concreto que debe cubrir determinado vuelo o recorrido no puede atender a todos los pasajeros o titulares de billetes con reserva efectuada. De hecho, el dato es importante porque existe un porcentaje de titulares de billetes que uno u otro motivo no llega a cerrar dicho billete. Y esta ausencia de presentación es precisamente la causa justificadora del Overbooking: Se pretende compensar racionalmente el "despilfarro económico que supone el iniciar un vuelo con plazas vacantes, producidas por la no presentación de los viajeros que las tenían debidamente reservadas" (MAPELLI, RDM, 1978, p.367).

3. El Overbooking aéreo es un fenómeno conocido por los usuarios, las agencias de viajes y las Compañías Aéreas. No obstante, el conocimiento por parte de los usuarios se limita a la mera existencia del fenómeno: No existe una información suficiente, generalizada ni detallada de las causas, consecuencias y efectos del fenómeno del Overbooking.

Mas dicha práctica solamente es considerada lícita en el limitado sector del transporte aéreo y dentro del mismo exclusivamente para los vuelos regulares.

Ello quiere decir que, a fecha de hoy, no es conforme a Derecho el Overbooking en los vuelos irregulares, y tampoco en el sector hotelero ni en los trenes de alta velocidad, etc..

Sin embargo, debemos advertir la existencia de cierta preocupación por lo que se refiere al Overbooking hotelero. De tal forma que en 1994 fue formulada una pregunta a la Comisión por el eurodiputado Petrus Cornelissen (DO N° 4-451/196 Debates del Parlamento Europeo 28.9.94; Pregunta n° 76) sobre esta materia de la sobrerreserva hotelera en Europa, pues según investigaciones llevadas a cabo en 1992, cada año se producen en Europa casi 1,6 millones de sobrerreservas en el sector hotelero, con la consiguiente repercusión negativa para el Turismo.

La respuesta de la Comisión fue la que sigue:

1. Que la sobrerreserva hotelera es un problema que debe ser estudiado desde el punto de vista de los consumidores, los operadores turísticos y los hoteleros.
2. Que los datos disponibles en todos los Estados miembros son insuficientes para poder realizar una evaluación completa del alcance de la sobrerreserva hotelera y del número de clientes afectados.

Así pues, hoy día la normativa existente sobre Overbooking se ciñe a los vuelos aéreos regulares. Consiguientemente, procederemos acto seguido al análisis de la normativa básica:

1. Real Decreto n° 1961/1980 de 13 de junio del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (BOE n° 238, de 3 de octubre).
2. Reglamento (CEE) n° 295/91, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular (DO L 36, de 8.2.1991, p. 5). Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 295/91 (presentada por la Comisión) (COM (1998) 41 final, Bruselas 30.1.1998).

Los problemas que surgen del análisis de cada norma individualmente considerada se ciñen al examen de los supuestos, así como a la posibilidad o no de ejercicio simultáneo de acciones por daños.

Por lo que se refiere a una lectura conjunta de los referidos textos normativos, se plantea la cuestión de la posible derogación total o parcial (o no) del RD 1961/80 por el Reglamento (CEE) 295/91, al ser dicho Reglamento no sólo norma posterior, sino también de rango superior.

Lo expuesto anteriormente justifica, pues, sobradamente, el examen del citado RD 1961/80 y del Reglamento CEE 291/95, así como de la Propuesta de Reglamento de 1998.

II. RÉGIMEN JURÍDICO ANTERIOR AL REGLAMENTO CEE 295/91: EL RD 1961/1980

El Overbooking aéreo fue objeto de regulación por vez primera en nuestro país mediante el Real Decreto nº 1961/1980 de 13 de junio del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (BOE nº 238, de 3 de octubre).

De dicho texto normativo, entre otras, deben destacarse las siguientes notas:

- En puridad es un sistema de indemnización. Se trata simplemente, al modo de una cláusula penal, del establecimiento previo de la cuantificación del daño, con la consiguiente limitación de responsabilidad para la Compañía Aérea, de concurrir determinados requisitos o circunstancias.
- Se limita su aplicación a los vuelos aéreos regulares. Es decir, el Overbooking lícito se ciñe a la actividad aérea, y no a toda, sino a los vuelos regulares. Ello quiere decir que el overbooking hotelero, v.gr. adolece tacha de ilicitud.
- El RD 1961/1980 se aplica a los servicios aéreos regulares nacionales e internacionales que se efectúen desde cualquier punto del territorio español, con independencia de la nacionalidad de la Compañía aérea.
- Para que el pasajero tenga derecho a la indemnización deben de concurrir los siguientes requisitos:
 1. Ser titular de un billete, y haber confirmado la plaza mediante la correspondiente reserva para el vuelo en cuestión.
 2. Que el pasajero se haya presentado a la facturación y haber recogido la tarjeta de embarque para el concreto vuelo.
 3. Que no se admita al embarque a dicho pasajero en el vuelo contratado por falta de asiento. Ello supone que no existe derecho a la indemnización prevista en el RD 1961/80 si la demora o la imposibilidad de efectuar el viaje obedece a otras causas, como por ejemplo, huelgas, fallos técnicos, etc...

4. Que no exista transporte sustitutivo con llegada prevista al punto de destino en un plazo de 2, 4 ó 6 horas (según los casos) subsiguientes a la del vuelo reservado.
- En dicho RD 1961/80 se establecen límites máximos indemnizatorios.
 - Pero quizá, lo más importante es que aceptar dicha indemnización supone la renuncia al ejercicio de cuantas acciones pudieren asistir al pasajero para reclamar a la Compañía aérea por daños y perjuicios derivados de la no admisión al embarque.
 - Igualmente relevante es la ausencia de un adecuado mecanismo de información. En efecto, el RD 1961/80 se limitaba a establecer (art.8) que las Compañías aéreas estarán obligadas a informar a los pasajeros, mediante advertencias impresas en el propio billete de transporte o en hoja adjunta al mismo, y ello con independencia de que el billete fuera expedido directamente por la Compañía aérea o a través de Agencia de viaje autorizada. Es decir, el RD 1961/80 no contempla expresamente un deber de información respecto de las Agencias de Viajes, sino exclusivamente en los aeropuertos y para con las Compañías Aéreas. A nadie se le escapa que el momento y lugar de toma de decisiones por el consumidor se efectúa ordinariamente en la sede de las Agencias de viajes. Y que, contrariamente, los aeropuertos suelen ser zonas de tránsito o lugares a los que se llega con la "mínima información necesarias para el viaje" previamente adquirida en la Agencia.

Por todo lo expuesto anteriormente, si bien de una forma sucinta y meramente descriptiva, cual corresponde a una conferencia, el Reglamento CEE 295/91 introduce importantes novedades, que se expondrán a continuación.

III. EL REGLAMENTO CEE CONSEJO nº 295/91. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE 1998

El tan citado Reglamento CEE 295/91, del Consejo, de 4 de febrero de 1991, según su rúbrica, "*establece unas normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular*".

Y ello es importante: se establecen unas mismas normas, en sede de Overbooking, para todos los países de la Unión Europea, lo que sin duda redundará en la consecución de unos de los fines capitales: la libre circulación de personas y mercancías, así como la libre competencia.

Y así el propio Preámbulo del Reglamento 295/91 establece que la génesis de dicha normativa responde a la necesidad de una acción comunitaria en el campo de la tutela de los intereses de los usuarios del transporte aéreo para garantizar un desarrollo armonioso de un sector que debe desarrollarse en un ambiente en plena evolución, siendo la realidad -a la fecha de la publicación del Reglamento 295/91- que la práctica en materia de compensación por denegación de embarque, difiere sustancialmente entre sector y sector.

Entrando en el análisis del contenido normativo del Reglamento CEE 295/91, se observa la exigencia, para poder hacer uso del derecho a la indemnización prevista de los siguientes requisitos:

1.- Estar el pasajero en posesión de un billete válido, con reserva confirmada, debiendo haberse presentado dicho pasajero en los términos y condiciones establecidos.

A este respecto, la Propuesta de Reglamento concreta aun más los requisitos establecidos:

- Por billete entiende un sentido amplio, al incluir tanto la forma documental como los billetes inmatriciales, incluidos los billetes electrónicos válidos, y venidos por el transportista aéreo o la agencia de viajes. Y es que, como señala la Comisión, *“se observa una tendencia a la supresión del billete impreso (“ticketless travel”) y su sustitución por un ticket electrónico”*. Así, debe destacarse que la IATA (*International Air Transport Association*) ha adoptado unas normas sobre el ticket electrónico: las denominadas *“expedited resolutions and recommended practices”* adoptadas en la 17ª reunión de la *Joint IATA/ATA Passenger Services Conference*, celebrada en Los Ángeles del 15 al 17 de octubre de 1996. De esta forma, según la Comisión, *“en adelante, el billete estará “incluido” en la base de datos del transportista”*. Es más. Señala el alto organismo del UE, *“los transportistas trabajan ya exclusivamente mediante “reservas telefónicas”: el pasajero sólo dispone de un número de reserva. En todos estos casos, el pasajero no se presenta para facturar con un billete impreso, sino que le basta con presentar uno o varios documentos de identidad. Ahora bien, el desarrollo de estas nuevas formas de billete no debe permitir al transportista aéreo eludir las obligaciones que le incumben en caso de denegación de embarque en un vuelo con exceso de reserva”*.
- Por lo que hace a la exigencia de la “confirmación de la reserva”, matiza dependiendo de que el billete se encuentre incorporado o no a un documento (título material). Si es un billete “convencional”, se exige, tanto en el Reglamento 295/91 como en la Propuesta, la indicación del número, fecha y hora del vuelo, así como el OK en el espacio correspondiente. En cambio, si fuera un documento equivalente a un billete, material o inmaterial, supuesto no contemplado por el Reglamento 295/91, la Propuesta establece como criterio suficiente que el mismo indique que su reserva ha sido registrada y confirmada.
- Por lo que se refiere a la personación del pasajero, establece con carácter general la exigencia de un tiempo de 30 minutos antes de la salida anunciada, salvo que se requiere un plazo adicional, supuesto este último que debe ser puesto de manifiesto al pasajero por escrito por el transportista aéreo o la agencia de viajes.

2. Mientras que el Reglamento 295/91 se aplica exclusivamente a las líneas de vuelo regulares, la Propuesta de Reglamento amplía su ámbito a los vuelos no regulares. Ello es así, según la Comisión, porque la diferencia entre servicios aéreos regulares y no regulares tiende a desaparecer desde un punto de vista comercial. De hecho ya no existe diferencia en lo que se refiere al acceso a las rutas aéreas intracomunitarias desde el 1 de enero de 1993, en virtud del tercer paquete de medidas de liberalización. Obsérvese que ya no necesariamente el vuelo no regular se encuentra asociado a la

noción de "viaje combinado", producto expedido por las Agencias de viajes, sino que éstas también pueden y suelen ofrecer lo que se denomina "seat-only", esto es, plazas en vuelos no regulares que no van asociadas o combinadas con otros servicios. Ello supone que, para los supuestos de retraso y denegación de embarque a los supuestos de viajes combinados se aplique la Directiva 90/314/CEE (o la ley nacional fruto de la transposición de dicha Directiva), la misma no sea de aplicación a los pasajeros que hayan adquirido de una Agencia de viaje un producto de transporte aéreo puro ("seat-only"), mas tampoco sería de aplicación el Reglamento 295/91 al tratarse de un vuelo no regular. De esta forma, como señala la Comisión *"existe el riesgo de que una categoría determinada de pasajeros a la que se deniegue el embarque en un vuelo no regular no perciba compensación alguna. Así pues, ya no parece justificarse la distinción entre el pasajero que viaja en vuelo regular y el que lo hace en un vuelo no regular. En cambio, sigue siendo legítima la diferencia en las obligaciones contractuales, la distinción entre el pasajero con viaje combinado, que ha de ser indemnizado por la combinación de servicios que se trate, y el pasajero en "seat-only"*.

En otra línea debe señalar como ya el Reglamento 295/91 establece para los supuestos de "viajes combinados", a los que remite a la Directiva 90/314/CEE, ya citada, como responsables directos a las Agencias de Viajes, estableciendo además en su art. 5,2º que sin perjuicio de los derechos y obligaciones contemplados en la Directiva 90/314/CEE, el operador (agencia de viaje) está obligado a satisfacer al pasajero la suma recibida conforme al párrafo 1º

3. "Vuelo con exceso de reserva". El alcance de esta expresión difiere entre el Reglamento y la Propuesta, pues esta última restringe el alcance jurídico a los vuelos efectuados "a título oneroso". Quien redacta estas líneas no entiende bien el correcto alcance de la expresión vuelo oneroso. ¿No será billete adquirido a título oneroso? Y en tal caso ¿la onerosidad en la adquisición del billete debe ir unida a la cualidad de la posesión del mismo o no? Supongamos una cesión de reserva efectuada a título gratuito por un particular en favor de un pariente o un amigo. Sin duda que el poseedor del billete no realizó desembolso alguno. Luego no sería un "vuelo efectuado a título oneroso". ¿Y por ello debe quedar al margen de la indemnización prevista? ¿Y si se trata de un vuelo obtenido en un concurso? ¿O acaso debe limitarse la expresión a los casos en los que la *propia Compañía aérea* haga entrega del billete a un pasajero a título gratuito?

4. "Voluntario": es la persona poseedora de billete con reserva efectuada y que *acepta la petición efectuada por el transportista aéreo para que renuncie voluntariamente a su reserva confirmada a cambio de una compensación*. Es decir, no supone pérdida de billete, sino sólo de reserva. De esta forma, la Compañía aérea, además de abonar la compensación (en metálico u otro medio a elección del pasajero) establecida en el Reglamento 295/91 (no actualizada desde entonces -el Reglamento no contempla mecanismo de actualización-, y que en la práctica suele coincidir -en condiciones normales- con el precio del billete, más una cantidad para gastos de espera en el aeropuerto -refrigerio, llamada telefónica, etc...-) debe proporcionar idéntico sistema de transporte, de la misma calidad y naturaleza. De ser inferior, debe abonar a su vez la diferencia del reembolso de los dos precios (del billete que tiene y del billete que va a emplear).

5. El transportista debe tener en cuenta ciertos criterios de embarcación prioritaria: niños, personas con dificultades motrices, tercera edad...etc..

6. Resulta fundamental poner de manifiesto el énfasis que el Reglamento y la Propuesta realizan en sede de Información al pasajero. En este sentido se puede afirmar que la Comisión ha observado varios casos en los que el pasajero no fue indemnizado o fue indemnizado de forma incompleta. *“La falta de información a los pasajeros explica en gran medida esta situación. Por una parte, en la inmensa mayoría de los casos, los pasajeros a los que se deniega el embarque no tienen conocimiento de los derechos existentes al respecto. Por otra parte, resulta que, pese a las obligaciones que les incumben en virtud del Reglamento, las Compañías aéreas no informan a los pasajeros sobre sus derechos de compensación, o lo hacen de forma parcial”*. Es más, *“ En la reunión de 5 de marzo de 1997, las organizaciones consultadas (por la Comisión) reconocieron la necesidad de mejorar la información que se proporciona a los pasajeros”*.

Y a tal fin la Proposición establece el establecimiento de carteles informativos en los mostradores de facturación, así como que los transportistas aéreos que denieguen el embarque deberán proporcionar a cada uno de los pasajeros a los que se haya denegado el embarque un impreso en el que se indiquen las normas de compensación por denegación de embarque. Mediada por otra parte, insuficiente, si nos atenemos a la realidad de las cosas (nerviosismo del momento, etc..).

7. La Proposición, atendiendo a la práctica comercial de este sector denominada *“code-sharing”*, consistente en el desarrollo de acuerdos comerciales de reparto de código, y que puede dar lugar a una situación en la que el transportista aéreo que ha confirmado la reserva y vendido el billete no es el que deniega el embarque del pasajero en el momento de facturar, y por ende con el consiguiente perjuicio al derecho del pasajero de obtener los pagos y las prestaciones previstos en el Reglamento, contempla la posibilidad de que el transportista aéreo que asuma dichas obligaciones respecto al pasajero podrá prever la obtención de una indemnización con el transportista asociado responsable del exceso de reserva. De esta forma el art. 6 bis de la Proposición establece que *“Si un transportista aéreo ha pagado una compensación o cumplido las demás obligaciones que le incumben en virtud del presente Reglamento, ninguna disposición del mismo podrá interpretarse como una limitación de su derecho de solicitar resarcimiento a terceros de conformidad con el Derecho nacional aplicable”*.

Concluimos con la respuesta tranquilizadora que el Sr. Kinnock daba en nombre de la Comisión a la pregunta del parlamentario Sr. Glyn Ford (PSE) *“la mayoría de las veces, la sobreventa de billetes no supone problemas de importancia, ya que las no presentaciones suelen compensarlas. Por lo general, las compañías encuentran equilibrio adecuado para evitar tener que pagar indemnizaciones por denegar el embarque”*.

4

RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL DE LAS
AGENCIAS DE VIAJES:

ORGANIZADORES
Y
DETALISTAS

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS AGENCIAS DE VIAJES: ORGANIZADORES Y DETALLISTAS*

Miguel Ruiz Muñoz

**Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid**

I. INTRODUCCIÓN

En el caso de los viajes turísticos los problemas giran mayormente en orden a la determinación de los sujetos responsables frente al usuario por un cumplimiento defectuoso o un incumplimiento total. Como se ha dicho acertadamente constituye la pieza fundamental de la regulación de los viajes turísticos (VICENT CHULIÁ, p. 687). El hecho de que no preste directamente el servicio aquél con quien se contrato, sino alguien ajeno a la relación formal genera un cierto desconcierto para el viajero que se ve impotente en sus reclamaciones ante unos, los obligados directos a prestar los servicios (transportistas, hoteleros, etc.), y ante otros, los obligados formalmente a prestarlos (Agencias de Viajes y Organizadores). A esto hay que añadir ciertas deficiencias informativas, más o menos generalizadas en el sector, para hacer más atractivas la ofertas publicitarias, lo que induce a error en muchos casos a los demandantes del servicio. Ciertamente los problemas no terminan aquí, no se trata sencillamente de delimitar las responsabilidades e imputarlas a los sujetos correspondientes; se plantea también un problema de solvencia, de patrimonio insuficiente para hacer frente a las posibles indemnizaciones y reembolso de los fondos depositados. Pensando en estas situaciones se impone a las Agencias de Viajes la obligación de constituir una «fianza» destinada a esta finalidad. Pues bien, esta serie de inconvenientes que tienen los contratantes o usuarios de estos servicios, tanto en orden a seleccionar con criterios de eficiencia económico/doméstica, imprescindible para un funcionamiento correcto del mercado, como en orden a facilitar la reclamación y la satisfacción de los derechos que el contrato les reconoce a los usuarios, a esta finalidad está dirigida tanto la Directiva 90/314/CEE, como la ley armonizada 21/1995, sobre los viajes combinados.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de la Agencia de Viajes derivada del contrato, la regla general es que responde del correcto cumplimiento del mismo y de los daños sufridos por el consumidor a consecuencia del no cumplimiento o cumplimiento defectuoso, con independencia de que las prestaciones deban ser ejecutadas directamente por la Agencia o por otros prestadores de servicios (transportistas, hoteleros, restauradores) (art. 11.1 y 2 LVC). Ahora bien, *el grado de responsabilidad de Organizadores y Detallistas, a pesar de revestir ambos la forma de Agencia de Viajes, no es el mismo y responden sólo en sus respectivos ámbitos de gestión* (art. 11.1 LVC). A continuación se analiza con más detalle el grado de responsabilidad que corresponde a cada uno de los empresarios turísticos.

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 20 de mayo de 1998.

II. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE EL ORGANIZADOR Y EL DETALLISTA

II.1. Introducción

Como se acaba de decir, tanto el Organizador como el Detallista deberán tener la consideración de Agencia de Viajes según la normativa administrativa que se dicte (Disposición adicional 2ª de la LVC). Frente al viajero/consumidor, Organizador y Detallista, aparecen como dos personas iguales, cuando en realidad no lo son desde el punto de vista de las responsabilidades que asumen en la contratación del viaje combinado: *cada uno en sus respectivos ámbitos de gestión del viaje combinado*. Es sólo el Organizador el que asume la responsabilidad por el buen fin del viaje combinado, él es quien organiza todo el entramado del viaje. A diferencia del Detallista que limita su función a una labor de intermediación entre Organizador y consumidor, su responsabilidad, que existe, no tiene el mismo alcance que la del Organizador (VICENT CHULIÁ, p. 687). La ley no desarrolla esta distinción y solamente describe una situación de responsabilidad que se corresponde con las tareas del Organizador, sin ocuparse del otro sujeto; se trata de una laguna que el interprete ha de salvar en cada caso concreto: responsabilidad según los respectivos ámbitos de gestión.

Ahora bien, la responsabilidad a la que se refiere el art. 11 de la LVC es la que corresponde a la fase de ejecución del contrato. Por tanto, esto quiere decir que se mantienen en sus justos términos todos los deberes y obligaciones que la LVC impone a Organizador y/o Detallista en las fases contractuales anteriores, aunque esto resulte un tanto contradictorio (VICENT CHULIÁ, p. 687). Así sucede tanto respecto a los deberes de información, como de documentación: información previa, documentación, contenidos mínimos, cesión de la reserva, cancelaciones o modificaciones contractuales.

En la presente fase ejecutoria del contrato el legislador resuelve la difícil cuestión de la responsabilidad por la prestación final de los servicios. Con buen criterio se establece que esa responsabilidad recae sobre Organizador y Detallista, en su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado, con el fin de evitar el desplazamiento de la responsabilidad -cláusulas de mediación- a cargo de los prestadores finales de los servicios (transportistas, hoteleros, etc.). De no ser así al cliente le resultaría más que difícil la exigibilidad de responsabilidades por las condiciones especiales en las que se desarrollan este tipo de servicios turísticos. Ahora bien, el grado de responsabilidad de Organizador y Detallista no es el mismo. Cada uno responde en su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado. La cuestión que se plantea es por tanto determinar cuáles son cada uno de estos ámbitos de gestión.

La delimitación de las diferentes esferas de actuación de los empresarios turísticos viene dada por la definición legal de cada sujeto. El *Organizador* es el empresario que ofrece o vende un servicio organizado por sí mismo, sin perjuicio de que tenga que contar con diversos auxiliares para prestar la totalidad de los servicios contratados. En definitiva asume todas las obligaciones como propias. Se trata por tanto de una relación jurídica que tiene su mejor encaje en el típico *contrato de obra*, donde el contratista asume la responsabilidad de los auxiliares con los que subcontrata parte de la obra; en este caso -viajes combinados- los diferentes servicios a prestar al cliente. Este servicio así organizado y preparado puede ser vendido directamente por el Organizador o bien por otro agente o interme-

diario. Si ocurre lo primero, relación directa Organizador y cliente, la responsabilidad es clara del Organizador por los actos de sus auxiliares. En el segundo caso, venta por medio de otro empresario no organizador del viaje, es precisamente cuando se está ante el Detallista. Un empresario que limita su labor a colaborar en la distribución de un servicio: viaje combinado propuesto por un organizador.

Efectivamente, en este último caso, la relación es directa entre *Detallista* y cliente/consumidor, pero el primero limita su intervención en el negocio a servir de enlace, a mediar para que otros se pongan de acuerdo. Interviene como mero mandatario o comisionista y contrata en nombre del cliente/comitente. Dicha relación se circunscribe a facilitar un contrato de viaje combinado con el Organizador oportuno que satisfaga las demandas -instrucciones- del cliente. Hasta aquí llega la responsabilidad del Detallista. Cumplida con diligencia la selección o búsqueda de lo solicitado, el posterior incumplimiento, sólo podrá ser reprochado por el viajero al Organizador que es con quien contrató.

Claro está que se pueden presentar situaciones un tanto confusas y que conviene aclarar. Así sucede, por ejemplo, cuando el Detallista actúa aparentemente como Organizador (argumento analógico ex art. 4.1.d Ley 22/94, sobre responsabilidad por productos defectuosos), cuando asume directamente tareas propias del Organizador o bien cuando le sean imputables directamente determinado tipo de actos. En todos estos casos sí que se está ante una responsabilidad directa del Detallista frente al consumidor. Pero obsérvese que en realidad se produce un cambio sustancial del sujeto que pasa de ser Detallista a convertirse en Organizador. En estos supuestos, con la salvedad de ciertas imputaciones directas, el Detallista no responde como tal sino como Organizador, porque con esa cualidad se presenta en el mercado o bien porque asume directamente las tareas del Organizador. Los artículos 246, 247 y 287 del Código de Comercio (1717 y 1725 del Código Civil) resultan esclarecedores a este respecto. En realidad la distinción que procede hacer respecto a la figura del Detallista es si actúa por cuenta y en nombre ajeno (*representación directa*), o si lo hace por cuenta ajena y en nombre propio (*representación indirecta*), es sólo en este último caso cuando la responsabilidad por el contrato de viaje es directa frente al consumidor, sencillamente porque el Detallista es parte del contrato. Y es también en estos supuestos cuando excepcionalmente se puede presentar una responsabilidad solidaria de Organizador y Detallista, al modo y manera de la establecida por el art. 8 de la Ley 26/91, sobre contratos fuera de establecimiento mercantil.

Veamos a continuación, sin perjuicio de lo anterior, el distinto régimen jurídico de responsabilidad de cada uno de los empresarios de viajes, que tiene su origen en la diferente naturaleza jurídica de las relaciones que mantienen con los clientes.

II.2. Responsabilidad del Organizador

La ley, a pesar de establecer una diferente imputación de la responsabilidad, sólo se ocupa de una de ellas, la del Organizador. No lo hace de un modo expreso sino implícitamente cuando establece que se responde, «*con independencia de que*» las prestaciones deban ser ejecutadas directamente por la Agencia de Viajes o por otros prestadores de servicios, de este modo se impone una clara

obligación de resultado. Estos terceros, prestadores directos de los servicios, se convierten en auxiliares de la Agencia de Viajes que es con la que contratan, y en consecuencia se plantea un típico supuesto de subcontratación de servicios para el cumplimiento de un *contrato de obra*; el contratista responde igualmente por la actividad desarrollada por los subcontratistas (transportistas, hoteleros, restauradores, etc.). En definitiva, lo que se hace es dar aplicación al artículo 1596 del Código civil sobre el *contrato de obra*. La Agencia de Viajes en estos casos dispone de un derecho de repetición contra los prestadores de los servicios con base en sus relaciones contractuales (art. 11.1 LVC).

II.3. Responsabilidad del Detallista

En el caso del Detallista la situación no es la misma, si recordamos la definición legal es aquel que vende un producto ajeno, en este caso un producto del Organizador. Por tanto su labor es de típica mediación en este sector del mercado. Los Detallistas son empresas mediadoras que distribuyen viajes proyectados, organizados y elaborados por otros empresarios que son los Organizadores. Los Detallistas no tienen el control sobre el producto que venden, pues no son los que seleccionan a los prestadores finales de los servicios, ni los que contratan con éstos; su tarea se concreta en la búsqueda de buenas ofertas ya cerradas de viajes combinados. O dicho de otro modo, asumen el compromiso de una selección correcta de los prestadores de los servicios, esto es del Organizador. En definitiva, estas empresas -Detallistas- tienen una situación típica de un *comisionista*, su ámbito de responsabilidad se concreta en una *diligente selección de quién ha de prestar los servicios contratados*. Consecuentemente, realizada una elección acorde con lo solicitado por el cliente, si posteriormente las prestaciones resultan insatisfechas, éste no podrá dirigir sus reclamaciones contra el Detallista sino contra el Organizador. La obligación de aquél es la propia de un *contrato de mandato (mercantil)* donde se asume una *obligación de medios o de actividad* no de resultado: diligencia debida. La responsabilidad del agente nace sólo si el Organizador seleccionado no reunía las condiciones necesarias para prestar los servicios contratados, bien directamente o bien a través de auxiliares. En conclusión como ya se apuntó antes el Detallista debe ejecutar las instrucciones recibidas del cliente, tal y como se establece en general para el contrato de mandato o de comisión mercantil (arts. 254 del Código de Comercio y 1719, 1725 y 1727 del Código civil). Todo esto sin perjuicio, según se acaba de ver, del régimen aplicable en los casos de *representación indirecta*.

II.4. Deber de colaboración del Detallista

El Detallista, si bien no es responsable del resultado final del viaje, sí que parece correcto imputarle un cierto deber de colaboración con el consumidor en el ejercicio y reclamación de sus derechos. Nada establece la ley de viajes combinados sobre este extremo; aún así, no resulta descabellado considerar que, a fin de descubrir y determinar quién es el sujeto responsable; o lo que es lo mismo, de cara a facilitar el ejercicio por parte del consumidor de las acciones judiciales o extrajudiciales, el Detallista asume en el contrato implícitamente la carga de facilitar la información pertinente que permita al consumidor dirigir correctamente sus reclamaciones al sujeto responsable. Bien es cier-

to que en la práctica, en la mayoría de los casos, esta información estará disponible desde un principio, pero con todo resulta conveniente apuntar aquí la existencia de un deber informativo en tal sentido. Especialmente porque si se llega a una situación límite, de tales carencias informativa que impidan al consumidor el ejercicio de sus derechos, la responsabilidad por el resultado recaería sobre el Detallista-distribuidor. No parece lícito que éste pueda ser utilizado como un instrumento jurídico de evasión de responsabilidades. La diligencia exigible al Detallista comporta necesariamente la imposición de un deber en tal sentido, y caso de incumplimiento el traslado de la responsabilidad a su costa. El argumento jurídico se obtiene de manera analógica del artículo 4.3. de la ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que desarrolla el supuesto excepcional de responsabilidad del distribuidor.

II.5. Validez de la «cláusula de mediación»

En los catálogos de las Agencias de Viajes puede ser frecuente encontrarse con una cláusula denominada de este modo, cláusula de mediación, o de otra forma parecida. Con la misma los empresarios de viajes pretenden exonerarse de la responsabilidad por las posibles deficiencias en la prestación de los servicios, esto es la responsabilidad por el resultado, desplazándola a cargo de los prestadores directos de los servicios (hoteleros, etc.). No hay que insistir sobre el grave inconveniente que representa para el consumidor una práctica contractual de este tipo. Desde un primer momento se ha dicho que aquí radica el mayor problema del tratamiento jurídico de los contratos de viaje. La libertad de pactos ha propiciado la proliferación de cláusulas como la mencionada que claramente lesionan e impiden -en algunos casos- el ejercicio de los derechos del viajero.

La validez de las cláusulas de mediación está supeditada al tipo de contrato ante el que se esté. Dicho con otras palabras, dependerá de que realmente se efectúe una función mediadora o no en el contrato de viaje combinado. La conclusión cae por su propio peso, como acabamos de ver es sólo el Detallista quien desarrolla una labor de intermediación en la venta de viajes organizados; por contra el Organizador no puede utilizar este tipo de cláusulas en sus relaciones con los consumidores, porque como hemos visto le impone la LVC, como vendedor de un servicio propio, el buen fin de la operación. En cuyo caso, de incluir en el contrato *una cláusula de este tenor deberá ser calificada de ineficaz*. Sin embargo, la problemática no queda del todo resuelta porque, como es natural, se pretenderá aparecer contractualmente como Detallista, como simple mediador sin responsabilidad en la organización del viaje y de este modo legitimar la cláusula de mediación. El problema se agrava si se tiene en cuenta que frente al exterior los empresarios de viajes aparecen uniformemente como Agencias de Viajes.

En conclusión, a fin de evitar los posibles abusos por elusión de la responsabilidad que contractualmente le corresponde, en cada caso, a los empresarios de viajes, la «cláusula de mediación» tendrá que ser contrastada más allá de la formalidad del contrato. Será la apariencia, especialmente a través de la publicidad, la que brindará los datos suficientes para determinar si la Agencia de Viajes contrató a propio riesgo -Organizador- o como simple mediadora -Detallista- entre el cliente/consumidor y otro empresario.

II.6. Agencia de Viajes, Organizador y Detallista

A modo de recapitulación, se puede concretar que la Agencia de Viajes es la forma impuesta por el legislador al empresario de viajes, ya desarrolle éste la función de Organizador, la de Detallista o ambas. Téngase en cuenta que no existe una equiparación total entre los diferentes tipos legales de Agencias de Viajes (Mayoristas, minoristas y mixtos) y las figuras de Organizador y Detallista. El mayorista siempre es un Organizador, el minorista puede desarrollar las dos tareas, lo mismo que el mayorista-minorista. Lo importante, en orden a determinar la responsabilidad, como se acaba de ver en el epígrafe anterior, es verificar qué función realmente desempeña la Agencia de Viajes, de simple mediación o de venta de un «producto» propio.

II.7. Responsabilidad solidaria

La ley impone la responsabilidad solidaria exclusivamente entre organizadores y entre detallistas. Si en un contrato concurren varios organizadores o varios detallistas, con independencia de la clase y de las relaciones entre ellos, frente al consumidor son todos igualmente responsables. Sin perjuicio de los derechos de repetición internos. Lo interesante aquí es destacar que *entre Organizador y Detallista no existe responsabilidad solidaria frente al cliente/consumidor* (RUIZ MUÑOZ, p. 113; MARTÍN CASALS, p. 9420). Acierta el legislador al no imponer la solidaridad dada la diferente naturaleza jurídica de cada uno de los vínculos contractuales. En el presente caso falta una de las notas fundamentales de la solidaridad, la unidad del objeto. La prestación debe ser una y la misma para todos los deudores, cosa que no ocurre -como se ha visto- con la doble relación jurídica del cliente/consumidor con Organizador y Detallista (En contra, HAZA DÍAZ, 1997, p. 203 ss.; GARCÍA RUBIO, p. 169). A estos argumentos hay que añadir otro más antes mencionado, como es el del encarecimiento de los servicios que presta el Detallista. Responsabilizar a este distribuidor/mediador en los mismos casos y circunstancias que al Organizador, a lo único que conduciría es a elevar el precio final de los servicios turísticos por la repercusión directa de los mayores costes de explotación; pero también, muy posiblemente, a la reducción de la competencia en este sector de la distribución, con la repercusión igualmente negativa sobre los turistas. Con todo, de nuevo hay que hacer la advertencia respecto a los supuestos de *representación indirecta* en los que sí procede la responsabilidad solidaria (argumento análogo ex art. 8 Ley 26/91).

III. SUPUESTOS DE NO RESPONSABILIDAD DE LA AGENCIA DE VIAJES

Establece la Ley que la Agencia de Viajes no va a ser responsable de los daños sufridos por el consumidor por la no ejecución o ejecución deficiente del contrato, si concurre alguna de las circunstancias siguientes (art. 11. 2.):

- a) Los defectos son imputables al consumidor.
- b) Los defectos son imputables a un tercero ajeno a las prestaciones y, además, son imprevisibles o insuperables.

c) Los defectos se deben a motivos de fuerza mayor: circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habría podido evitarse, a pesar de actuar con la diligencia debida.

d) Que los defectos se deban a un acontecimiento que no se podía prever ni superar, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria.

No obstante lo anterior, en todos estos supuestos de exclusión de la responsabilidad, salvo el primero de imputabilidad al consumidor, la Agencia de Viajes parte en el contrato está obligada a prestar la necesaria asistencia al consumidor que se encuentre en dificultades.

IV. POSIBLES LIMITACIONES A LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

Son nulas las cláusulas contractuales contrarias al régimen de responsabilidad establecido en la ley y desarrollado en los epígrafes anteriores (art. 11.4). El legislador español no ha hecho uso de la autorización de la Directiva (art. 5.2 *in fine*) para permitir limitaciones contractuales razonables a los daños no corporales. Esto quiere decir que no cabe ningún tipo de limitación contractual a la responsabilidad de la Agencia de Viajes, por los daños ocasionados a consecuencia de la no ejecución o ejecución defectuosa del contrato. Con una salvedad que pasamos a ver.

El resarcimiento de los daños quedará limitado con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones (art. 11.3). Así sucede en los casos de los Acuerdos Internacionales en materia de transportes aéreo, marítimo y terrestre.

De especial interés resultan las disposiciones sobre el denominado, en terminología inglesa, «*over-booking*» o exceso de reservas. El derecho aplicable sobre indemnizaciones por sobreocupación en el transporte aéreo de pasajeros está contenido en el Reglamento (CEE) 295/1991 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, que sustituye a una disposición española de 1980: R.D. de 13 de junio de 1980 (BOE, de 3 de octubre de 1980). El Reglamento establece normas comunes para toda la Unión Europea sobre compensación por denegación de embarque en *líneas aéreas regulares*. Las normas mínimas que contienen son de aplicación, en todos los Estados miembros, a pasajeros que con una reserva confirmada se les niegue el embarque en un vuelo por exceso de reservas. Los derechos que tiene el viajero son los siguientes:

- Derecho a obtener el reembolso del billete o el transporte más rápido posible en una fecha posterior que resulte conveniente,

- Derecho a una indemnización que puede oscilar de un mínimo de 150 Ecus (23.000 pts. aproximadamente) a un máximo de 350 Ecus (45.000 pts. aproximadamente), según el destino final del billete, y

- Derecho a una serie de servicios gratuitos complementarios, como son una comunicación gratuita, comida y bebidas suficientes y alojamiento en hotel si se debe pernoctar.

V. FONDO DE GARANTÍA PATRIMONIAL: «FIANZA» DE LA AGENCIA DE VIAJES

Uno de los problemas más graves, a la vez que más llamativos y perjudiciales para todas las partes implicadas en el sector turístico, es la imposibilidad de recuperar los fondos depositados por los clientes/consumidores en las Agencias de Viajes, especialmente en los supuestos de insolvencia o quiebra de éstas. Con la finalidad de paliar esta grave situación se obliga a los empresarios del sector a un especial esfuerzo de capitalización. Se impone la obligación de constituir y mantener en permanente vigencia una «fianza» según se determine reglamentariamente (art. 12 LVC). En realidad no se trata de una fianza en sentido estricto (art. 1822 CC), sino en el sentido más genérico con el que se suele utilizar esta expresión como sinónimo de garantía o caución. Las disposiciones reglamentarias que se ocupan de esta materia, como ahora veremos, son bastante flexibles porque permiten tanto la constitución de un fondo de garantía (ingreso en la Caja General de Depósitos), opción tradicional inglesa, como la constitución de fianza bancaria en sentido estricto o garantía asegurativa, más en la línea de los Derechos alemán, francés y portugués.

Ahora bien, en esta materia debe tenerse en cuenta que la existencia de la «fianza» no garantiza en todo caso el cobro de las reclamaciones que se puedan hacer, no sólo por las preferencias que establece la ley, que ahora veremos, sino también porque las cuantías de las «fianzas» deberán ser fijadas de acuerdo con las capitalizaciones de las Agencias de viajes. Lo que quiere decir que son cantidades limitadas que pueden resultar en algunos casos insuficientes para afrontar la satisfacción de todos los consumidores-acreedores. Y, en fin, no se debe perder nunca de vista, que medidas de este tipo constituyen armas de doble filo que pueden acabar perjudicando a quien se pretende beneficiar. La «fianza» comporta un coste más para el empresario turístico que tendrá que repercutir en el precio final del servicio que presta, por tanto la obligación de «fianza» debe guardar el equilibrio suficiente para evitar fraudes groseros y, al mismo tiempo, no resultar excesivamente gravoso como para que produzca una subida de precios perjudicial para todos, y muy especialmente para las personas con rentas más bajas. Sencillamente el riesgo no puede ser del todo eliminado, al menos por medio de esta «fianza».

La Ley de viajes combinados se remite a la futura regulación de la «fianza» por la Administración turística competente para su adaptación a la nueva ley. Mientras tanto este desarrollo reglamentario tenga lugar, ha de entenderse en vigor el régimen jurídico contenido en las disposiciones que desarrollan el régimen jurídico de las Agencias de Viajes: R.D. 271/1988, de 25 de marzo (art. 5) y O.M. de 14 de abril de 1988 (art. 15). Todo esto sin perjuicio de las disposiciones autonómicas. Muy sucintamente, la fianza puede ser individual o colectiva; en el primer caso va de 10 millones de pesetas (minoristas), pasando por 20 millones (mayoristas) a 30 millones (mayoristas-minoristas). Estas cantidades coinciden justamente con los capitales mínimos desembolsados exigidos respectivamente en cada caso. En la fianza colectiva, dado que se trata de un fondo solidario de garantía se reducen las cuantías a la mitad, pero no podrá ser inferior a 400 millones de pesetas por asociación de carácter nacional o regional. Estas cantidades tienen que ser adaptadas en función del número de establecimientos. Según el art. 12 LVC la «fianza» en cualquiera de sus formulaciones esta destinada a responder de lo siguiente:

1º Preferentemente, en los supuestos de *insolvencia o quiebra*, del reembolso de los fondos depositados y del resarcimiento por los gastos de repatriación.

2º Del cumplimiento en general de *todas las obligaciones* asumidas.

Ahora bien, para que pueda ser ejecutada la «fianza» es necesario contar con un reconocimiento formal de la responsabilidad patrimonial de la Agencia de Viajes (art. 12 LVC): Resolución firme judicial, o bien laudo de las Juntas Arbitrales de Consumo. Las «fianzas» ejecutadas deberán reponerse en el plazo de 15 días hasta cubrir nuevamente la totalidad inicial de la misma.

Quizá en este punto se esté en Derecho español armonizado ante un incumplimiento de la Directiva sobre la materia. Esta exige en su art. 7 que se *facilitarán (por el organizador y/o detallistas parte en el contrato) pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor*. Y la verdad es que no parece que se satisfaga la exigencia comunitaria con la normas españolas vistas: art. 12 LVC y los preceptos reglamentarios citados. Se echa en falta una mínima correspondencia, en su caso, del fondo de garantía con el volumen de negocio de la Agencia de Viajes, y también el reconocimiento de una acción directa al viajero frente al posible fiador o asegurador debidamente documentada, como sucede en el Derecho alemán (§ 651k BGB). Al respecto resulta de sumo interés la sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1996. También pueden verse las SSTJCE de 14 de mayo de 1998, 1 de diciembre de 1998, de 15 de junio de 1999.

Finalmente también hay que mencionar que, además de la «fianza» vista, la O.M. (art. 5 b), refuerza el grado de solvencia frente al exterior imponiendo a la Agencia de viajes la contratación de una *Póliza de seguro* para afianzar el normal desarrollo de su actividad. La cobertura asegurativa está pensada para cubrir toda clase de siniestros: daños corporales, daños materiales y los perjuicios económicos causados. La suma asegurada alcanzará como mínimo a 75 millones de pesetas.

VI. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES JUDICIALES

Las acciones judiciales basadas en los derechos reconocidos al consumidor que se están viendo no podrán ser utilizadas trascurridos dos años (art. 13 LVC). Nada dice la ley sobre el comienzo del computo de este plazo, parece por tanto correcto entender que el plazo comienza a correr desde la fecha prevista en el contrato para el fin del viaje.

BIBLIOGRAFÍA:

- AREAL LUDEÑA, S., «Comentario a la Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente», EC, 19, 1996, p. 57 ss.
- AURIOLES MARTÍN, A., «La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de agencias de viajes», RDM, 1992, p. 819 ss.
- CUARTERO RUBIO, M.V., «Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual», REDI, 1995, p. 81 ss.
- Idem, «Viajes combinados y derecho de los particulares a una indemnización (Ausencia de adaptación de una Directiva)», La Ley, 1997-1, p. 1948 ss.
- Idem, «Garantías del turista combinado en caso de insolvencia o quiebra de la agencia de viajes», La Ley, 23 de junio de 1998, p. 1 ss.
- FELIU REY, M.I., «La Ley de viajes combinados. La responsabilidad», II Jornadas sobre Derecho y Turismo, Actas de las II Jornadas (Avila 1995), Avila, 1997, p. 29 ss.
- GARCÍA RUBIO, M^º P., La responsabilidad contractual de las agencias de viajes, Madrid, 1999.
- GÓMEZ CALERO, J., Régimen jurídico del contrato de viaje combinado, Madrid, 1997.
- GÓMEZ CALLE, E., El contrato de viaje combinado, Madrid, 1998.
- HAZA DÍAZ, P. de la, El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de la agencia de viajes, Madrid, 1997.
- Idem, «La oferta publicitaria de los viajes combinados», EC, 47, 1998, p. 9 ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los viajes combinados. En torno a la Ley 21/1995 de 6 de julio, y la jurisprudencia precedente», RCDI, 1997, p. 2197 ss.
- LEÓN ARCE, A. de, Contratos de consumo intracomunitarios, Madrid, 1995.
- MARTÍN CASALS, M., «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», RGD, 1999, p. 9.405 ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Notas a la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados», RDP, 1996, p. 464 ss.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., Los contratos celebrados con las agencias de viaje (Ensayo para un estudio de su régimen jurídico), Málaga, 1973.
- QUINTANA CARLO, «La adaptación de Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados», EC, 22, 1991, p. 43 ss.
- ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, A., El contrato de viaje combinado (El forfait), Madrid, 1966.
- RUIZ MUÑOZ, M., «Guía explicativa de la Ley de viajes combinados», EC, 37, 1996, p. 103 ss.
- SANTOS MORÓN, M^º J., «El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados», EC, 42, 1997, p. 23 ss.
- VICENT CHULIÁ, Introducción al Derecho mercantil, 11^ª, Valencia, 1998.

5

TRANSPORTE INTERNACIONAL DE PASAJEROS:

LIMITACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD DEL
PORTEADOR AÉREO
Y VIAJES COMBINADOS

TRANSPORTE INTERNACIONAL DE PASAJEROS: LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR AÉREO Y VIAJES COMBINADOS*

David Morán Bovio

**Catedrático de Derecho Mercantil (E.U.) de
Universidad de Cádiz**

AGRADECIMIENTOS Y PRESENTACIÓN

El Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, la Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía y el Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga, como entidades que han hecho posible estas Primeras Jornadas, son acreedores privilegiados de mi gratitud, y la deseo expresar antes que nada, pues merced a la unión de miras y de empeño que han manifestado nos encontramos aquí.

Particularmente, debo reconocimiento a mi colega el Profesor Dr. D. Adolfo Aurióles Martín, por su directa invitación y por su acentuado interés en los temas de la asignatura que compartimos que guardan relación con el Régimen Jurídico de la Actividad Turística.

Ha de advertirse que con esa dedicación el Profesor Aurióles no hace más que someterse al mandato del Legislador, puesto que la LORU establece en su art. 1º, 2, al explicitar las funciones de la Universidad al servicio de la sociedad, en la letra c), *El apoyo científico y técnico al desarrollo cultural, social y económico, tanto nacional como de las Comunidades Autónomas*. Y por tan evidentes motivos que es ocioso mencionarlos, queda fuera de toda duda el que la reflexión sobre los aspectos jurídicos del turismo constituye un auxilio muy directo y de alto interés para el Estado y, de forma particular, para nuestra Comunidad Autónoma de Andalucía.

Acerca del asunto que nos convoca, se trata de hablar del transporte internacional de pasajeros en el marco de la Ley de viajes Combinados, tema que en el folleto de estas Primeras Jornadas de Derecho Turístico se me asigna. Pretendo hacerlo fijándome en los puntos del índice que ya conocen. Puede adelantarse, sin embargo, que la síntesis de los mismos expresa el deseo de afrontar la evolución del régimen de responsabilidad y, más concretamente, la limitación cuantitativa de esa responsabilidad, en el transporte internacional de pasajeros por vía aérea.

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 21 de mayo de 1998.

¹. Las páginas siguientes sólo constituyen los apuntes, casi sin modificación alguna, para la conferencia pronunciada en su día. Las referencias bibliográficas y jurisprudenciales, cuya existencia y amplitud se intuyen con la lectura, pueden encontrarse al final del texto.

La oportunidad de la ponencia es absoluta, indudable, pues el próximo 9 de octubre de 1998 entrará en vigor un Reglamento de la CE, del Consejo, que altera sustancialmente la cuestión, como se acabará viendo. También merece ser destacado el movimiento de reforma que atañe a la Convención de Varsovia, de 1929, ya que todo apunta a una inminente remodelación de ese sistema que, entre otras materias necesitadas de modificación, abarcará también lo correspondiente a las indemnizaciones del porteador aéreo a los pasajeros. También aboga en favor de la conveniencia de abordar esta cuestión el que hace menos de un año, el 20 de junio de 1977, publicase el BOE el instrumento de ratificación del Protocolo Adicional número 1 y número 2 de Montreal, con los que se eleva la cuantía de los límites indemnizatorios del art. 22 CV.

No deseo cerrar este capítulo de agradecimientos y presentación del tema sin mostrarles a ustedes mi gratitud por estar dispuestos a seguir lo que confío en que pueda interesarles, ya que sin su presencia carecerían de sentido mis palabras.

1. PUNTO DE PARTIDA Y MARCO DE LA TAREA: ART.11.3 LVC (L.21/1995, DE 6 DE JULIO, REGULADORA DE LOS VIAJES COMBINADOS; BOE Nº 161, DE 7 DE JULIO)

El art. 11.3 de la LVC constituye necesariamente el punto de partida de la exposición y enmarca el desarrollo de la misma.

Bajo la entradilla general del precepto *Responsabilidad de los organizadores y detallistas*, el número tres del ordinal once establece:

El resarcimiento de los daños, que resulten del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado, quedará limitado con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones.

El supuesto de hecho de la norma posee un elemento complejo. Se refiere, por una parte, a las prestaciones incluidas en el viaje combinado. El precepto las concreta, por otro lado, en aquellas prestaciones sobre las que pese un incumplimiento o mala ejecución. Por último, para cerrar la hipótesis fáctica a la que atañe el artículo, ha de mencionarse la referencia general a los daños derivados de la contravención al programa de la prestación.

En relación con el transporte internacional de pasajeros, y puestos a pormenorizar las prestaciones que pueden incumplirse o ejecutarse defectivamente, ha de advertirse que tales prestaciones figuran delimitadas en el contrato de viaje combinado, el cual, en efecto, puede incluir, según el art. 4º LVC, letras c), d) y g), *los medios, características, y categorías de los transportes que se vayan a utilizar, las fechas, horas y lugares de salida y de regreso, y el itinerario*. De todo ello habrá de ser informado el consumidor antes de la celebración del contrato, de acuerdo con el número 2 del ordinal últimamente citado. El número siguiente, el tres, de igual art. 4 LVC, añade que las indicaciones relativas a los extremos mencionados habrán de ser veraces y comprobables (de acuerdo con el art. 10

LGCDU, reformado, ligeramente, por la LCG publicada en el BOE del 14 abril de 1998). Además, en la letra a) del art. 6º se impone al detallista o al organizador de los viajes combinados, que facilite al consumidor por escrito (o en cualquier otra forma en que quede constancia) y con el tiempo necesario antes del inicio del viaje, *los horarios y lugares de las escalas y los enlaces, así como la indicación de la categoría del lugar que deberá ocupar el viajero en el medio o medios de transporte que vayan a ser utilizados.*

Lo recién expresado conforma ciertamente el esquema de prestaciones ordinarias que, en relación a la fase de transporte aéreo del viaje combinado, éste debe poseer. En resumen, se ha de determinar contractualmente el lugar de salida y de destino, el itinerario, medio de transporte y clase dentro del mismo, detalles que han de ser vinculados a un horario preciso y a un precio prefijado.

Esos hitos de la prestación esperada por el consumidor, son los que enlazan con otras normas de la LVC, en las que el legislador impone: restricciones a la revisión de los precios (art. 7), sistemas para la modificación del contrato (art. 8), fórmulas en caso de resolución del contrato o cancelación del viaje (art. 9) y, por último, el régimen concebido con la idea de resolver un primer aspecto de la falta de secuencia en la prestación de los servicios que habían empezado a ser disfrutados por el consumidor, el que se suscita cuando se interrumpe el viaje contratado (art. 10).

Es cierto que cabría detenerse en los detalles de los últimos cuatro preceptos mencionados, para examinar su funcionamiento en relación con el transporte por vía aérea, y algún día habrá que hacerlo, particularmente cotejando con la normativa general aplicable (LGCDU, LCGC) las exigencias que las líneas aéreas y las compañías de vuelos charter suelen imponer en materia de cancelación, cambio de reserva y asistencia en caso de fallo de conexiones entre vuelos; así como atendiendo en las prácticas más o menos comunes como la del *overbooking*.

Pero no parece sensato que hoy nos entretengamos en esos puntos, ya que de lo expuesto parece distinguirse algo, por así decir, principal en el viaje contratado, lo que antes se calificó como "hitos" del mismo, y que cabría encuadrar en la idea de su contenido material: lugar de salida y de regreso, en una modalidad de aeronave, con un asiento de clase preestablecido, y un itinerario. Esas marcas fijan el contenido, digamos, básico y primordial de la prestación esperada por el consumidor. Ahí se encuentran las coordenadas mayores y el *leit motiv* de la prestación aludida en el art. 11.3 de la LVC.

El precepto en cuestión califica el supuesto de hecho por medio de la alusión al incumplimiento o mala ejecución de esas prestaciones. Esto significaría, en principio, que cualquier alteración de las circunstancias temporales, locales y de calidad (clase del asiento), de las referencias correspondientes expresadas en el contrato, pondría por delante una falta de cumplimiento o una ejecución defectiva de los deberes comprometidos que, de nuevo, en principio, daría lugar a un derecho al resarcimiento por parte del consumidor.

No es exactamente así, sin embargo, por dos motivos. En primer lugar porque si esos defectos son imputables al consumidor (art. 11.2.a) LVC) será éste quien deba responder (*sibi imputet*, puede sin-

tetizarse en recurso al latinismo clásico para el caso). En segundo término, porque si los desarreglos del programa convenido encuentran su origen en las circunstancias reflejadas en las letras b), c) y d) del mismo número 2 del art. 11, que sintetizan los hechos imprevisibles o insuperables, incluyendo el hecho, también imprevisible o insuperable, de un tercero ajeno al servicio contratado, tampoco se adecuaría a los criterios mínimos de justicia material que se hiciese responsable a organizadores y detallistas de esas circunstancias incontrolables.

Quiérese decir, en definitiva, que la norma que nos ocupa, el número tres del art. 11, viene a configurarse, a todas luces, como una norma especial frente a la regla del 11.2, puesto que sólo dará lugar al crédito de resarcimiento el incumplimiento o mala ejecución del servicio contratado que, por un lado, sea ajeno al comportamiento diligente del consumidor y que, por otro, nada tenga que ver con una causa imprevisible o inevitable, sin descontar de esta categoría el hecho, igualmente imprevisible e insuperable, del tercero extraño al servicio contratado.

La especialidad o particularidad del art. 11.3 parece quedar acotada, pues, en una primera aproximación al precepto, en el límite cuantitativo de los daños resarcibles por el incumplimiento o la mala ejecución del servicio, cuando éste dispone de una regulación uniforme que fija tope a tal resarcimiento. Desde esa perspectiva, el 11.3 resolvería, de cara al 11.1, el monto de la indemnización debida por los organizadores y detallistas de los viajes combinados.

Sin embargo, no da la impresión de ser así exactamente, pues, como se pretende ver a continuación, los convenios internacionales que regulan el transporte aéreo internacional, no sólo establecen un límite cuantitativo del derecho al resarcimiento, sino que ordenan también los casos en que hay derecho al resarcimiento o, dicho de otro modo, las condiciones en que habrá o no responsabilidad del porteador. Y, a primera vista, tales requisitos no parecen coincidir por completo con los de la LVC.

Por eso conviene examinar esos instrumentos, para aclarar, junto al límite cuantitativo de la indemnización, que resulta importante para el 11.1, los supuestos que despliegan ese deber resarcitorio, ya que, al menos con el enfoque del transporte aéreo de pasajeros, cabe cuestionarse la identidad entre las causas de exclusión de la responsabilidad del organizador o detallista de los viajes combinados, y las que los instrumentos internacionales proporcionan a los porteadores aéreos. Esa falta de cabal semejanza podría significar, como de inmediato se advierte, que el porteador aéreo dejase de responder, según la LVC, en circunstancias de las que según su regulación específica debe hacerlo, y es más que probable que eso no deba ser así.

Lamento, ciertamente, que no dispongamos de tiempo para abordar con cierto detalle la cuestión recién apuntada, pues esa comparación entre el régimen de la responsabilidad del detallista y del organizador, con el que parece desprenderse del art. 11.3 de la LVC, se vislumbra a todas luces como muy interesante y, a mi modo de ver, bien repleta de cuestiones. Quizá merezca, al menos, formular algunas, aunque sólo sea con el propósito de servir de primera orientación para futuras labores.

Así, por ejemplo, cabría cuestionarse si el consumidor de viajes combinados que se acoge a la LVC dispondrá de acción contra la compañía aérea, o si sólo se encuentra activamente legitimado

contra quienes contrataron con él: el detallista o el organizador. Dicho interrogante suscita la conveniencia de clarificar qué tipo de relación, desde la perspectiva del consumidor, es la que poseen organizadores y detallistas con respecto a las líneas aéreas, ya que quizá esa indagación será útil para entender el tipo de vínculo que existe entre el pasajero y quien explota la aeronave.

En definitiva, no ha de perderse de vista que nos encontramos ante una relación tripartita (consumidor, detallista y organizador, compañía aérea) que, eventualmente puede llegar a comprender cuatro partes (basta con que el porteador sea una compañía aérea que explota la aeronave de propiedad ajena, pues, en tal caso, las relaciones entre el titular comercial del aeroplano y quien para ese fin se lo facilitó, habrán de proyectarse de algún modo sobre las demás relaciones obligatorias). Lo cual me recuerda la sabia advertencia de mi maestro, el Profesor Olivencia: el Derecho entiende bien y resuelve generalmente con acierto las relaciones bilaterales. Ante las plurilaterales suele encontrar mayor dificultad, por lo que se requiere extremar la prudencia.

2. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR AÉREO

2.1. Razón de ser

Tradicionalmente vienen ofreciéndose una serie de argumentos que justifican o fundamentan la limitación cuantitativa de la responsabilidad del porteador aéreo. Para entenderlos de forma global hay que partir del paralelismo entre el Derecho del transporte aéreo y el Derecho comercial marítimo. No es raro que así sea, ya que la unificación de reglas de responsabilidad de los porteadores en uno y otro área se produce en fechas muy próximas.

En 1924, pero con movimientos unificadores que se remontan, en nuestra época, al siglo precedente, se adoptó la Convención de Bruselas sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque. En dicha Convención se aprueba un régimen de responsabilidad cuantitativamente limitado para los porteadores (1,2 DEG² por kilogramo, aproximadamente). La razón consistía en la importante dificultad económica que significa para los porteadores que respondan según los cánones ordinarios de la responsabilidad contractual, responsabilidad integral, ya que tal régimen, se dice, implica la inaccesibilidad de la industria del transporte para cualquier empresario. A su vez, la idea de que el empresario de navegación no puede controlar los actos de sus dependientes (Capitán y tripulación) cuando se encuentran en alta mar ofreció fundamento bastante para consolidar tal régimen.

2. DEG es el acrónimo para Derechos Especiales de Giro (SDR, Special Drawing Rights, en versión inglesa). Se trata de una unidad de cuenta instaurada por el Fondo Monetario Internacional en 1969 con la finalidad de que las evaluaciones monetarias no dependiesen en exceso de las cotizaciones de las monedas de los países miembros. El importe del DEG se determina con los valores de una "cesta de monedas" de los países miembros. Las cotizaciones hasta la fecha han rondado el doble de un dólar USA.

Lo mismo se predica para el transporte aéreo. En vez de hacer responsable absoluto de lo que acontezca durante el viaje al porteador, se proclama un régimen de reparto de riesgos entre el porteador y el usuario del transporte, de modo que, en caso de siniestro, ambos contribuyan a soportar las consecuencias del evento dañoso, sin que éstas recaigan exclusivamente sobre el porteador. Eso significa que el porteador podrá asumir un seguro con razonable prima, y que también podrá hacer otro tanto el pasajero. De ese modo una industria necesaria para el desarrollo de los pueblos es promocionada, sin que haya de verse sometida al pago de indemnizaciones multimillonarias.

Cosa distinta es que tal concepción continúe, en nuestros días, siendo considerada la preferible, e incluso que no sea bastante discutible con el simple recurso a la más sencilla realidad. La revolución en el mundo de las comunicaciones y de la información proyecta sobre estas materias un haz particularmente luminoso. Lo mismo que resulta difícil hoy día hablar de meteoros inesperados, tampoco cabe argumentar la tradicional *soledad del capitán*. Esto es verdad para el tráfico marítimo, pero quizá más para el aéreo. Por otra parte los medios técnicos de transporte que en el presente nos sirven, nada tienen que ver con los que lo hicieron en un principio. Entonces era lógico que el pasajero *participase*, también económicamente, en el riesgo de la *aventura*. De un tiempo a esta parte, la aventura se ha transformado en el tedio, como lo confirman los rostros cansados por la rutinaria costumbre que pueden observarse en cualquiera de las estancias de los aeropuertos.

Es precisamente esa transformación que la realidad del transporte aéreo ha experimentado, el *telón de fondo* de las modificaciones habidas en el Derecho regulador. Pero veámoslo dejándonos llevar por la historia, siguiendo su secuencia.

2.2. Presentación: Convención de Varsovia (cv) de 12 oct. 1929

Basta repetir despacio el año recién mencionado, 1929, y dejar que la imaginación y la memoria vaguen un poco para entender con más detalle, en relación al transporte aéreo, lo que antes se pretendió apuntar acerca de la realidad del tráfico.

Si uno carece de la información adecuada y posee un ordenador capaz de conectar con Internet, puede pasarse por la página web del ICAO (OACI, en acrónimo español) y examinar las páginas web de las compañías aéreas del mundo. Los años en que fueron creadas dan idea del entorno histórico que se ha de tener presente, pues nos trasladan a los años inmediatamente anteriores y posteriores de la primera guerra mundial: Iberia se constituye en 1927, el germen de BA en 1919. Otros datos históricos pueden ayudar: en 1903 se realiza el primer vuelo en un aparato más pesado que el aire, en 1906 empezaron los vuelos intraeuropeos, en 1909 fue cruzado el Canal de la Mancha por vez primera. Hasta 1919 no se inician vuelos regulares. En 1929 es cuando se firma la Convención de Varsovia.

Dicha Convención continúa constituyendo el esquema fundamental de la responsabilidad del porteador aéreo.

Queda ordenado en lo que se refiere a la limitación cuantitativa de la responsabilidad del porteador aéreo, un tope en la suma de 125.000 Francos Poincarè³ por el art. 22.1 de la CV. Esa limitación convive con una serie de disposiciones que completan su aplicabilidad.

En primer lugar, el art. 17. En él se establecen límites temporales y materiales de la responsabilidad del porteador aéreo, de modo que comprende el daño en caso de muerte, heridas, o cualquier otra lesión corporal que sufra el pasajero siempre que el accidente acaezca a bordo de la aeronave, o en las operaciones de embarque o desembarque. El retraso como circunstancia de la que responde el porteador aéreo, es contemplada por el art. 19.

Tres preceptos más inciden sobre el régimen de responsabilidad del porteador dictado por la CV. Uno de esos preceptos que la excluye, siempre que el porteador pruebe que él (o su empleado o agente) tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible adoptarlas (art. 20.1). Otro que la aminora en función de la efectiva participación del porteador en el evento dañoso, para el caso de concurrencia de culpas con la del pasajero (art. 21). Por último, el que deja sin efecto cualquiera de los límites mencionados, cuando el daño proviene de dolo del porteador (de sus empleados o agente) o de falta equivalente (art. 25).

Como puede imaginarse, cada uno de los elementos citados que fijan la responsabilidad del porteador ha sido objeto de una amplia y, casi siempre, fina labor jurisprudencial.

Dejando a un lado el límite cuantitativo junto con los otros términos de la CV que han perdido vigencia a resultas de las modificaciones subsiguientes, los demás mencionados poseen un perfil relativamente preciso que merece ser considerado de inmediato.

La referencia a los incidentes con resultados dañosos en las operaciones de embarque y desembarque, expresión que ha legado la CV para la posteridad, tiende jurisprudencialmente a incluir, siempre que el pasajero lo sea efectivamente, o sea, vaya a tomar un vuelo o acabe de dejarlo, cualquier tipo de accidente que acontezca en la terminal o en sus alrededores con la condición de que el pasajero deba encontrarse en ese lugar como consecuencia de esas operaciones de embarque o desembarque. Podría resumirse lo anterior en lo que se ha denominado el triple test: la actividad (lo que los pasajeros hacían), el control (quién los dirigía) y el lugar en que se hallaban.

Los pormenores de lo expresado no son, sin embargo, idénticos en todos los tribunales europeos ni coinciden con los del otro lado del Atlántico. Pero los términos indicados sirven para justificar la responsabilidad del porteador, por ejemplo, si la azafata conduce a un grupo de pasajeros caminando por el exterior de la terminal y alguno de ellos sufre lesiones a consecuencia del desprendimiento de los materiales preparados para unas reparaciones, o si el accidente surge como consecuencia de un

³. El Franco Poincarè debe su nombre al ministro francés bajo cuyo mandato se fijó tal unidad de cuenta. Equivaldría a la décima parte de un dólar USA.

despiste de la persona encargada de mover un convoy de carritos para las maletas que atropella al pasajero. De todas formas, como casi siempre sucede, estamos ante una materia en la que los elementos fácticos serán los que determinen si el accidente cabe incluirlo entre los del art. 17, o no. Por eso conviene subrayar la abundancia de jurisprudencia a ambos lados del Atlántico, así como el factor de la diligencia del porteador y del pasajero en el desarrollo de las funciones que le son propias.

Pervive del régimen de la CV la tripleta de consecuencias que el accidente puede tener para dar origen al derecho del pasajero a la indemnización: *muerte, herida o cualquier otra lesión corporal*. Ya se advierte que el problema exegético queda ceñido, sobre todo, al significado del último término. Se ha excluido de esa categoría el daño resultante de la pérdida de un pariente, por muy próximo que sea, así como los daños psíquicos sin manifestación externa constatable. De todas formas, antes de transformar la sesión en otra de Medicina forense, habrá que recordar la necesidad de probar la realidad de los daños y su relación de causalidad con las circunstancias del vuelo, o con las precedentes o subsiguientes que tenga vinculadas.

Pieza clave del régimen establecido por la CV es el art. 20, cuyo juego ha sido alterado, pero no su sustancia. Por eso conviene esbozarla. Ordena el precepto que el porteador no será responsable si prueba que él y sus empleados han establecido las medidas necesarias para evitar el daño o que les ha sido imposible adoptarlas. Basta con señalar ese aspecto más básico de la norma, pues ya se dijo que se ha alterado su virtualidad, pero llamando la atención acerca de que esas *medidas susceptibles de ser adoptadas* van evolucionando al compás de los avances técnicos aplicados a todos los campos conectados con esta materia. Concretamente, y como botón de muestra, no bastará para justificar el retraso la alegación de la causa de enfermedad del piloto, si la compañía no demuestra paralelamente que el susodicho miembro de la tripulación había superado sin problemas las pruebas que regularmente deben observar, así como la idoneidad de tales exámenes médicos.

Continúa igualmente sin haber sufrido modificación desde el texto adoptado en la capital polaca el régimen de la concurrencia de culpas que obra en el art. 21. Una vez que empiezan a examinarse sentencias relacionadas con la cuestión, ésta dista, sin embargo, de ofrecer unánimes perspectivas. Casos como la lesión del pasajero que ha desatendido los avisos recibidos por la azafata posteriores a los de los indicadores en relación con los cinturones de seguridad, han recibido diferentes soluciones en los tribunales; si bien no cabe dudar de la línea jurisprudencial que hace de ese supuesto uno de los típicos de responsabilidad compartida, y constituye en la parte creciente de ese reparto la que corresponde al pasajero deliberadamente desatento. Otro tanto cabe señalar con respecto a las lesiones sufridas como consecuencia de la falta de empleo de los medios que la compañía facilita (puede pensarse en el caso del pasajero de la superclase en el Jumbo que sin llevar los cubrezapatos o sobrecalcetines correspondientes, resbala al bajar descalzo por la conocida escalerilla que une ese nivel con el resto de la cabina).

Tampoco ha sido objeto de cambio el art. 19 CV, en virtud del cual el porteador responde del retraso. Ahora bien, se trata de un precepto abierto a diferentes tipos de precisiones. La primera resulta de que el propio texto del precepto exige, lógicamente, daño derivado del retraso para que el

porteador haya de afrontar alguna responsabilidad. No basta, en consecuencia, que haya retraso, por patente que sea, sino que es preciso demostrar el daño efectivo que tal dilación ha originado. Ha de expresarse también que la única persona facultada para reclamar ese daño es el pasajero, no los terceros.

Más allá de esas coordenadas tan generales sobre el retraso, ha de reconocerse que la jurisprudencia no parece haber tenido que decidir sobre casos muy patentes, de dilación completamente achacable al porteador que pongan por delante su falta de diligencia inexcusable. Más bien hubo siempre circunstancias ajenas a la compañía (niebla, huelga de controladores, saturación o regulaciones de tráfico, averías imprevisibles, o situaciones de guerra, la, así llamada, *tormenta del desierto*, que dejó a pasajeros en el aeropuerto de Kuwait, sin continuar a los destinos proyectados, etc.) que dieron pie a que no se fallase contra la línea aérea (al menos en el transporte de personas, no en el transporte de cosas). Y cuando hubo una actuación de la compañía probadamente desajustada a la razón, o irrazonable por la falta de previsión de lo que con toda seguridad acontecería, la compañía fue condenada, aunque el daño consistiese en perder un día de sol en una costa (que no es poca cosa para un ciudadano dispuesto a escapar de los rigores de un duro invierno) y ello a pesar de que el billete indicase que los horarios en él registrados tenían un valor puramente indicativo y no obligaban al porteador.

Los demás preceptos que regulan la responsabilidad del porteador en la CV, el art. 20 acerca de la exclusión de la responsabilidad por la evidencia de la falta de culpa del porteador, y el 25, sobre la falta de aplicación de los límites cuantitativos por el dolo del porteador, así como los propios límites cuantitativos, art. 22, han sido modificados sustancialmente, o alterado su régimen de aplicación en las sucesivas revisiones, como se verá en parte a continuación, al examinar las modificaciones introducidas por el Protocolo de La Haya de 1955.

2.3. Evolución primera: Protocolo de La Haya de 28 sep. 1955

Las experiencias obtenidas en la aplicación de la CV, las lagunas e imperfecciones detectadas, habían conducido a la CITEJA (Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos) a establecer, desde 1935, un sistema de notas para preparar la futura remodelación del instrumento. Pero es necesario esperar a la creación del ICAO-OACI, en 1947, para que se empiece a oír hablar de forma generalizada de la necesidad imperiosa de reformar algunos aspectos en los que la CV había quedado desfasada. En esa labor de denuncia y preparación de las enmiendas juega un papel definitivo BEAUMONT, quien elabora el documento que, después de ser discutido en la Conferencia de Río de Janeiro, en 1953, acaba consolidándose en el texto del Protocolo de La Haya, que es adoptado en 1955.

En lo que concierne a los preceptos que vienen interesándonos, conviene destacar, en primer término, que no faltaron voces favorables a una enmienda amplia de la CV que abarcase a los mencionados. Sin embargo, no se llegó a tanto, sino que se prefirió una *reforma moderada* que dejase vigente el esquema principal de la responsabilidad del porteador.

El punto más destacado que ha subsistido del régimen del PH consiste en la modificación del art. 25 que, como se dijo, fija los casos en los que el porteador pierde el derecho a ampararse en los límites cuantitativos de la responsabilidad que la CV le otorga. Y, más que de una modificación en sentido estricto, puede decirse que se trata de una aclaración al texto de Varsovia.

En efecto, la CV impedía que el porteador se escudase en el beneficio de la limitación cuantitativa en los casos de daño proveniente de dolo o de falta equivalente al dolo. En los países del *civil law* suele considerarse que ese término incluye algo de intencionalidad por la parte incumplidora. Pero en los países del *common law* el término más próximo (que fue el empleado en la correspondiente versión) resulta ser *wilful misconduct*, que permite prescindir de la intencionalidad del agente, siempre que del examen de los hechos resulte manifiesta una conducta inadecuada, aunque no sea intencionada, a las circunstancias del caso. La aplicación del mismo precepto con dos palabras de contenido tan distante dio lugar a diferentes debates jurisprudenciales y doctrinales. Por eso el art. XIII del PH ofrece una nueva versión del art. 25 que reemplaza la expresión dolo, o falta equivalente, por la de daño que resulte de una acción o una omisión del porteador o de sus dependientes, ya se haga con intención de provocar un daño, o temerariamente con la conciencia de que probablemente resultaría un daño.

El precepto, además, se completó con otro, el 25A, a fin de asegurar a los empleados del porteador iguales beneficios de los que él disfrutaba. En realidad, al otorgar a los empleados del porteador un régimen de limitación de responsabilidad idéntico al de éste, como puede figurarse cualquier observador, se estaba reforzando la línea de defensa del porteador, ya que se aseguraba que a pesar del recurso a las acciones extracontractuales contra los empleados del porteador, por los que a la postre responde el porteador, pudieran los tribunales conceder límites cuantitativos de responsabilidad superiores a los establecidos en la CV (cuyos topes no habrían de jugar en el ámbito extracontractual).

No es oportuno que ahora nos detengamos más en este punto que, si bien es cierto que pervive del régimen del PH, está llamado a desaparecer en el ámbito intraeuropeo que hemos de alcanzar cuanto antes, pero previamente se ha de completar el régimen de la CV-PH con la referencia a los Protocolos de Montreal.

Antes, de todos modos, ha de dejarse apuntado que el nuevo art. 22 que resulta del PH incrementa el límite cuantitativo de la responsabilidad del porteador a la suma de 250.000 Francos. Tal suma supone, en moneda constante, casi un 70% más que la indemnización en el texto a sustituir, pero en ese cálculo no interviene la importante depreciación acontecida en el ínterin (que era una de las razones principales para justificar el incremento).

2.4. Desarrollos ulteriores y derecho vigente

Hasta lo expresado cabe hablar de una evolución uniforme del Derecho comercial del transporte aéreo, en el sentido de que todos los países iban a la par, pues la parte más importante de la comu-

nidad internacional era miembro de la Convención de Varsovia. En los años sesenta se rompe esa unidad. No es el momento adecuado para entrar en los pormenores de esa ruptura. Basta con apuntar su motivo y en qué concluye, lo cual señala implícitamente las razones del desacuerdo.

La razón de la discusión se centra en el punto neurálgico de los debates sobre transporte aéreo de pasajeros que ya obran en el movimiento que conduce al PH: el límite cuantitativo de la responsabilidad del porteador. Mientras las cantidades adoptadas en La Haya parecían suficientes a la mayoría de los representantes, no fue así para otros países, liderados por los EEUU. La situación llegó a tal extremo que el citado país decidió denunciar la CV y no ratificar su PH. El punto en el que concluye esa historia es un acuerdo auspiciado por la IATA (International Air Transport Association) en virtud del cual las Compañías Aéreas se comprometen a unificar unas sumas indemnitarias que quedan resumidas en 58.000 US\$, si no se incluyen los gastos procesales, o 75.000 US\$ si quedan incluidos, siempre que el accidente tenga que ver con un vuelo que sale o llega a los USA, o efectúa en ese país una escala.

Ese acuerdo, a su vez, ha sido sustituido por otro adoptado en octubre de 1995, cuya entrada en vigor se posponía al primero de noviembre de 1996, en virtud del cual las compañías signatarias (Iberia, según mi información que se cierra a primeros de enero, no está entre ellas, pero tampoco se encuentran en ese paquete otras de las grandes europeas, v.gr. Air France o Alitalia) se comprometían a no valerse en su favor de ningún límite cuantitativo de su responsabilidad que no excediese de 100.000 SDR.

La mencionada reforma, que el porteador renuncie a ampararse en el límite cuantitativo de su responsabilidad que le brinda el texto uniforme, debe ser considerado como una marca definitiva en la reorientación del debate. Ha de apuntarse que ese movimiento, como siempre suele suceder, no es un hecho aislado, sino que el contexto empezaba a ser favorable y el cambio de decoración recién apuntado no parecía ser más que un primer intento de reordenación de la materia. Concretamente, la acción iniciada en la UE (1991-1995) que culmina en el Reglamento del que en seguida se hablará, proponía un esquema parecido.

Con todo, el Acuerdo de 1995 de la IATA posee un límite que conviene recordar: básicamente, las compañías aéreas acceden al acuerdo de forma voluntaria y de igual modo pueden retirarse. Se trata, en definitiva de un vínculo de naturaleza estrictamente contractual.

La siguiente consideración acerca del Derecho hoy día aplicable ha de referirse a la entrada en vigor (que puede considerarse casi inesperada, porque en parte se deriva del incremento del número de estados independientes que resultan de la antigua Yugoslavia) el pasado 15 de febrero de 1996, para los primeros treinta países que los ratificaron, entre ellos España, de los Protocolos adicionales a la CV números 1 y 2 hechos en Montreal en septiembre de 1995. No es, como puede imaginarse, un mero acuerdo entre empresarios del sector, sino que se trata de una modificación de la CV. En la lista de ratificaciones se encontraban a la fecha de la publicación (BOE 20 junio 1997) casi todos nuestros vecinos europeos, salvo la República Federal de Alemania (si bien, no se olvide, su compa-

ña de bandera era parte del Acuerdo IATA que concede a los pasajeros una protección más amplia que cualquiera de los Protocolos de Montreal). Por la misma razón están ausentes de la lista de ratificantes, USA, Japón, y Australia, entre otros.

2.5. Perspectivas inmediatas: Reglamento (ce) nº 2027/97 del Consejo, de 9 de oct. de 1997, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente

La ruptura de la unidad del sistema global en lo que respecta al régimen indemnizatorio de las compañías aéreas por los supuestos del art. 17 de la CV, recién apuntada, cuyo inicio adopta la vía contractual, mediante los acuerdos de la IATA, se encuentra en nuestros días, y dentro del marco europeo, con la modificación normativa que ha operado el Reglamento (CE) nº 2027/97, del Consejo, de 9 de octubre de 1997 (en lo sucesivo, Reglamento), pues en su virtud se fija una indemnización mínima de 100.000 DEG (v. art. 3.2). Dicho de otro modo, y por hacer referencia al acuerdo vigente de la IATA, el Reglamento aludido convierte en norma de obligado cumplimiento la indemnización mínima prevista en dicho acuerdo, y la impone a las compañías aéreas comunitarias, definidas por el propio Reglamento como las que posean una licencia de explotación concedida por un Estado miembro (v. art. 2.1.b).

Como puede imaginarse, el Consejo ofrece en el Preámbulo del Reglamento un buen elenco de argumentos para adoptar una norma que plantea no pocos problemas de bien diversa índole. Entre éstos, no son los menores, los que se refieren a la potestad del Consejo de interferir en las obligaciones exteriores de los Estados miembros de la Comunidad. Ciertamente, para los Estados miembros de la UE que son signatarios de la CV o de la CV-PH, el Reglamento supone que la UE se avoca una competencia reservada a los Estados del sistema CV-PH en el marco de esta convención. Podría calificarse la cuestión, como una decisión unilateral por parte de un grupo de Estados miembros de una Convención internacional con la finalidad de alterarla para esos Estados, cuya admisibilidad es, sin duda, cuestionable. Igualmente, como con toda decisión que incrementa la cuantía indemnizatoria, cabe preguntarse acerca de los problemas de competencia entre las compañías aéreas comunitarias y no comunitarias, pues el Reglamento impone a las primeras una modificación de su régimen asegurativo que, muy probablemente, habrá de ser trasladado al importe del billete.

Puede decirse que, de forma sintética, la razón que el Consejo ofrece para separarse del régimen de la CV es múltiple. Muy probablemente haya de situarse en primer lugar, la presente provisionalidad de la CV-PH, últimamente acentuada, ya que son conocidos los esfuerzos tendentes a modificar, además del extremo concerniente a la cuantía indemnizatoria, otros de la CV (v. nº 5 del Preámbulo y también, con referencia velada al acuerdo de la IATA del 95, nº 7). Otra cuestión de oportunidad, en segundo término, que agradará de forma particular a los que esperan de la UE una mayor posición de liderazgo en el concierto internacional, es el deseo del Consejo de la UE de marcar una tendencia a seguir por el resto de países (v. nº 15 del Preámbulo e, indirectamente, el nº 6).

El tema de fondo, que lógicamente no falta (incluso en el mismo número del Preámbulo recién aludido), es la protección de los pasajeros (v. ns^o 1-2, y 6). Sobre tal vertiente conviene llamar la atención acerca de la diferencia existente entre las indemnizaciones por causa de muerte en caso de accidente de tráfico (v. la tabla I del Anexo a la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a motor, según la redacción que le otorga la disposición adicional octava de la L.30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, según la cual, para el caso del fallecimiento de una persona casada, con dos hijos menores, si aún viven sus padres, resulta ser de 23 millones de pesetas) y un resultado igual pero en accidente aéreo (100.000 DEG equivaldrían a 30 millones de pesetas; mientras que los 75.000 US\$ del precedente acuerdo de la IATA vendrían a ser algo menos de 14 millones de pesetas). Bueno es dejar anotado que, precisamente esa alarmante diferencia, suscitó una cuestión de inconstitucionalidad, resuelta por la Corte Constitucional de Italia, que dejaba sin efecto para un caso de muerte del pasajero los límites de la responsabilidad del porteador aéreo, porque consideraba contrario a la Constitución de tal país la diferencia de trato entre los empresarios de transporte desde la perspectiva de la responsabilidad por daños a las personas.

El efecto unificador del Reglamento dentro del mercado interior europeo es otro de los argumentos que figuran en el Preámbulo (v. n^o 4). No se trata de una cuestión baladí, pues la falta de actuación de la Comisión hubiese provocado, en función de las adhesiones por parte de las compañías aéreas comunitarias al acuerdo de la IATA de 1995, un problema de competencia intracomunitario en el mercado del transporte aéreo, cuya solución puede calificarse como nada fácil.

Menciona el Preámbulo unos aspectos técnicos del Reglamento que merecen ser destacados. En primer lugar, la tendencia reciente a que las compañías aéreas renuncien a oponer cualquiera de las causas del art. 20 que les habilitarían a eximirse de la responsabilidad (v. n^o 8), orientación que el Reglamento eleva a la categoría de norma (v. art. 3.2 del Reglamento). En segundo término, que lo anterior no quita la reducción de la cuantía indemnizatoria cuando exista negligencia concurrente del pasajero, y en la medida de la misma, cuando ésta se pruebe (v. n^o 9 del Preámbulo y art. 3.3 del Reglamento). En tercer orden, que el sistema del Reglamento no impide que la compañía reclame al tercero causante del daño lo que estime pertinente (v. n^o 11 del Preámbulo y art. 4 del Reglamento). Por último, quizá lo más novedoso, un sistema de pagos rápidos, a cuenta de la indemnización (v. n^o 12 del Preámbulo y art. 5 del Reglamento), que permitan disponer de 15.000 DEG por pasajero en caso de muerte, no después de los quince días siguientes a la determinación de la identidad del pasajero.

3. CONCLUSIONES

Precisamente cuando acabamos de llegar al que va a ser el Derecho vigente en Europa al menos por un tiempo, es preciso ir concluyendo la exposición si no queremos dejar al siguiente ponente sin tiempo para desarrollar su ponencia.

Sin embargo, antes de levantarnos y antes de atender a las cuestiones que deseen suscitar, vendría destacar algunos aspectos de lo expuesto que parecen algo más sobresalientes.

En primer lugar, parece necesario, como casi siempre que el estudioso se acerca a cualquier vertiente del Derecho, tener particularmente en cuenta el contexto histórico en que la norma se dicta. Y, más concretamente, resulta muy oportuno prestar atención al “estado de la técnica” (en palabras de la Ley de Patentes) en el momento histórico de que se habla. Esas circunstancias, que darán razón de una determinada opción (baja limitación cuantitativa de la responsabilidad del porteador aéreo) asumida por el legislador (nacional o internacional), son las que, al desaparecer o menguarse sustancialmente, deben ir justificando, como se ha visto, los correspondientes incrementos de la cuantía mínima de la responsabilidad del porteador aéreo.

Otro corolario de lo expuesto, es la conveniencia de comparar el sistema de responsabilidad del porteador aéreo, con el que establece la LVC. Tal superposición, de la que hoy sólo hubo ocasión de apuntar algún extremo, se revela como una de las tareas pendientes, quizá de las más interesantes, para el acabado conocimiento de la disciplina de la responsabilidad de organizadores y detallistas en LVC. En ese contexto, la revisión de los pormenores de la relación entre las partes implicadas, y de la proyección de esos acuerdos sobre el esquema de la LVC, se antoja repleta de sugerentes cuestiones jurídicas.

Por último, la que puede calificarse como aceleración de la historia de las normas unificadoras del transporte aéreo internacional de pasajeros, conduce a la sugerencia típica en las interrupciones de los programas radiofónicos o televisados: “permanezcan atentos a la pantalla”. Efectivamente, hay que ver, sobre todo, qué pasa con la modificación de la Convención de Varsovia y, también, cuál es la reacción intraeuropea y fuera de la UE con respecto al Reglamento que, hoy por hoy, marca el fin de la evolución histórica en esta materia y de mis propias palabras.

BIBLIOGRAFÍA TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE PERSONAS

(Abreviaturas)

AASL	Annals of Air and Space Law
ADAS	Annales de Droit Aerien et Spatial
AL	Air Law
DA	Il Diritto Aeronautico
HLR	Harvard Law Review
JAL	Journal of Air Law
JALC	Journal of Air Law and Commerce
JBL	Journal of Business Law
JDI	Journal du Droit International (CLUNET)
JML&C	Journal of Maritime Law & Commerce
LM&CLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
NCJILCR	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
RDC	Rivista di Diritto Commerciale
RDIDC	Revue de Droit international et de Droit comparé

RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDU/ULR	Revue de Droit Uniforme / Uniform Law Review
RFDA	Revue française de droit aérien
RIVW	Recht der Internationalen Wirtschaft
STLJ	Suffolk Transnational Law Journal
Trasporti	Trasporti. Diritto. Economia. Commercio
TranspR	Transportrecht
VersR	Versicherungsrecht
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Luftrecht
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht

- ABRAHAM, H.J. *Das Recht der Luftfahrt* Berlin, 1960.
- CHENG, B. *Sixty Years of Warsaw Convention: Airline Liability at the Crossroads* 1989 ZLW 338.
- COQUOZ, R. *Le Droit Privé International Aérien*. Paris, 1938.
- COQUOZ, R. *L'unification internationale du droit privé aérien* 1938 RDIDC 179-190.
- DRION, H. *Limitation of liabilities in International Air Law* The Hague, 1954.
- GARDINER, R. *Revising the Law of Carriage by Air: Mechanisms in Treaties and Contract* 1998 (47) ICLQ 279-305
- GIANNINI, A. *Il Progetto di convenzione di Parigi (1925) sulla responsabilità del vettore nei trasporti aerei* 1926 DA 1-6.
- GIANNINI, A. *Il trasporto aereo internazionale e la Convenzione di Varsavia (1929)* 1930 RDC 1-16.
- GIEMULLA, E. SCHMID, R. *Warsaw Convention Deventer / Boston*, 1992.
- GOEDHUIS, D. *La Convention de Varsovie du 12 octobre 1929* La Haye, 1933.
- GOLDHIRSCH, L.B. *The Warsaw Convention Annotated: A Legal Handbook*, Dordrecht / Boston / London, 1988.
- GRANT, D. *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations and the IATA General Conditions of Carriage—United Kingdom Consumer's Perspective* 1998 JBL 123-150.
- GRELLIERE, V. *La responsabilité du transporteur aérien international* Toulouse, 1973.
- GULDIMANN, W. *Internationales Lufttransportrecht*. Zürich, 1965.
- HOUTTE, J. VAN. *La responsabilité civile dans les transports aériens intérieurs et internationaux*. Paris - Louvain, 1940.
- JUGLART, M. *Traité de Droit Aérien* (2 ed. par PONTAVICE, E. DUTHEIL DE LA ROCHERE, J. MILLER, G.M.) T.I., Paris, 1989.
- LITVINE, M. *Droit aérien* Bruxelles, 1970.
- MANKIEWICZ, R. *The liability regime of the international air carrier (a commentary on the present Warsaw system)* Deventer, 1981.
- MANKIEWICZ, R.H. *Le sort de la Convention de Varsovie en Droit écrit et en common law en* Melanges Roubier, Paris, 1961, pp.105-147.

- MAPELLI, E. *El contrato de transporte aéreo internacional según el Convenio de Varsovia de 1929 y su Protocolo de Guatemala de 1971*, en *Trabajos de Derecho aeronáutico y del espacio* Madrid, 1978, pp.256 y ss.
- MILLER, G. *Liability in international air transport (the Warsaw system in Municipal Courts)* Deventer, 1977.
- MÜLLER-ROSTIN, W. *Auf dem Wege zu einem neuen Warschauer Abkommen?* 1998 (6) *TranspR* 229-236.
- NAVEAU, J. *International Air Transport in a changing world* Brussels/ London/ Dodrecht/ Boston, 1989.
- POURCELET, M. *Transport aerien international et reponsabilité* Montreal, 1964.
- RIESE, O. LACOUR, J.T. *Précis de Droit aérien*. París, 1951.
- RIPERT, G. *La Convention de Varsovie du 12 de octobre 1929 et l'unification du Droit Privè aérien* 1930 *JDI* 90-100.
- ROOKER, J. KINGSLEY *An International Code of Civil Air Law and the International Chamber of Commerce* 1927-1928 *ZLR* I p.19 y ss.
- RUHWEDEL, E. *Das "IATA-Intercarrier Agreement on passanger liability" vom 31.10.1995* 1997 (1) *TranspR* 1-6.
- RUHWEDEL, E. *Der Luftbeförderungsvertrag* Frankfurt, 1985.
- SCHMID, R. *Der Zeitraum der Haftung des Luftfrachtfhrrers im Rahmen des Warschauer Abkommens* 1984 *RIW* 429 y ss.
- SCMID, R. LEFFERS, C. *Rachtsprobleme bei der Luftbeförderung mi Rahmen von Flugpauschalreisen— Neure Rechtsprechung aus den Jahren 1994-1997* 1998 (27) *NJW* 1911-1917.
- ZUNARELLI, S. *La direttiva cee n. 90/314 del 13 Giugno 1990 concernente i viaggi, le vacanze de i circuiti "tutto compreso"* 1994 *DT* 69-92.
- ZUNARELLI, S. *Servizi Aerei en Enciclopedia del Diritto XLII* Milano 1990, 374-393.

6

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CONTENIDO DE LA DIRECTIVA

94/47/CE DEL PARLAMENTO
EUROPEO Y DEL CONSEJO,
DE 26 DE OCTUBRE DE 1994,
RELATIVA A LA PROTECCIÓN
DE LOS ADQUIRENTES EN LO
RELATIVO A DETERMINADOS
ASPECTOS DE LOS
CONTRATOS DE
ADQUISICIÓN DE UN
DERECHO DE UTILIZACIÓN
DE INMUEBLES EN RÉGIMEN
DE TIEMPO COMPARTIDO
(MULTIPROPIEDAD)

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 94/47/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE OCTUBRE DE 1994, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRENTES EN LO RELATIVO A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE UN DERECHO DE UTILIZACIÓN DE INMUEBLES EN RÉGIMEN DE TIEMPO COMPARTIDO (MULTIPROPIEDAD)*

Francisco Javier Arroyo Fiestas

**Magistrado Audiencia Provincial de Málaga
Diplomado en Derecho Comunitario**

1. RÉGIMEN LEGAL, ANTECEDENTES Y REGULACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS

En el DOCE de 29 de octubre de 1994 se ha publicado la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (ver Anexo).

La preocupación de la Comunidad por el fenómeno de la multipropiedad ("timesharing") o tiempo compartido viene de tiempo atrás. Las primeras noticias en tal sentido se manifiestan en el Documento de Trabajo con relación a la problemática que surge con el "timesharing" elaborado por la Comisión el 26 de mayo de 1986. A partir de este momento proliferan las iniciativas en el seno del Parlamento que intentan animar a las Instituciones comunitarias para que adopten algún tipo de norma referida a la multipropiedad.

Entre ellas y junto con el denominado Informe Mc Millan, debe resaltarse la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de septiembre de 1989, cuando declara que:

"Los frecuentes casos de fraude y de prácticas abusivas perpetradas contra compradores de bienes inmobiliarios de otro Estado miembro, a menudo por sus propios compatriotas, y la incapacidad de los sistemas judiciales de algunos Estados miembros para enfrentarse adecuadamente con dichos casos".

Es en 2 de julio de 1992 cuando la Comisión presenta la Propuesta de Directiva relativa a la materia que ahora analizamos.

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 21 de mayo de 1998.

La Directiva como ya se había puesto de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Propuesta de 1992, tiene un ámbito de actuación muy limitado, donde los campos de regulación se reducen a tres: información sobre los elementos constitutivos del contrato, las modalidades de transmisión de dicha información y los procedimientos y modalidades de resolución (artº 1).

La causa de esa aparente falta de ambición del legislador comunitario reside en el hecho de que las legislaciones de los Estados miembros que han regulado la figura, difieren completamente en cuanto a la caracterización jurídica de la figura, lo que abocaría, en caso de pretender una uniformización total, al fracaso. Por ello se ha contentado con una armonización "de mínimos", manteniéndose en poder de los Estados la competencia para determinar la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos.

En base a ello, en Portugal se constituye como un derecho real limitado, en Francia con configuración societaria y en Grecia como contrato de arrendamiento especial, por su duración y contenido, mientras que en la legislación británica falta una definición concreta, en donde prevalece la protección del adquirente, pero estableciendo una cláusula abierta donde cabe cualquier configuración de carácter obligatorio.

En España, nos encontramos con un vacío legal en la materia y con un exceso de anteproyectos patrocinados independientemente por el Ministerio de Justicia y por el de Industria, Comercio y Turismo.

Por su parte, las Comunidades Autónomas promulgaron normas sobre el particular, en concreto la de Baleares (Orden nº 1843, de la Consejería de Turismo de 15 de enero de 1990) y la de Canarias (Orden de la Consejería de Turismo y Transportes de 25 de agosto de 1988), que se han preocupado de afrontar las cuestiones administrativas.

Por otro lado, debe destacarse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993, que hace referencia a la institución, pero como reconoce MUNAR BERNAT, con poca trascendencia en orden a la problemática de protección del consumidor.

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS TRATADOS COMUNITARIOS

Siendo la multipropiedad una forma de disfrute de un bien inmueble, es importante una breve referencia al enfoque que el legislador comunitario tiene sobre el derecho de propiedad, como paso previo al estudio de la naturaleza de la institución que nos ocupa.

Establece el artº 222 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) que: "El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros". Esta declaración que permanece inalterable en el tiempo desde el origen mismo de las CCEE, no ha supuesto, sin embargo, la ausencia de protección comunitaria al derecho de propiedad, ya que este se reconoce en la jurisprudencia del TJCE, como uno de los pilares sustentadores de la organización

económica y política, y por lo tanto como uno de los principios generales de los derechos constitucionales de los países miembros.

Por eso establece la Sentencia del TJCE de 13-12-1979 (caso Häüer) que: “el derecho de propiedad está garantizado en el orden jurídico comunitario conforme a las concepciones comunes a las constituciones de los Estados miembros, igualmente reflejadas en el primer protocolo adicional a la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos”.

En suma, como señala CABELLO DE LOS COBOS, el dominio es un derecho protegido por el orden comunitario siguiendo las mismas pautas de las Constituciones de los Estados miembros. No es un derecho absoluto. Es un derecho limitado por la función social de los bienes sobre los que recae, sujetos a una diversidad de regímenes jurídicos, que no supondrán transgresión, siempre y cuando se respete su “contenido mínimo o esencia” y se garantice la legitimidad y legalidad de las intromisiones administrativas. El problema, pues, estará en fijar la difícil línea divisoria entre lo sustancial y lo accidental de su contenido: “la concreción del uso”.

Pese a lo que en un principio, se esperaba cada vez son más las incursiones del Derecho Comunitario en el ámbito del Derecho civil, aunque sea con la finalidad primordial de amparar al consumidor. Este parcial abandono se debe fundamentalmente a que el Derecho Privado regula principalmente las relaciones y responsabilidades de los particulares, pese a ello como reconoce el legislador comunitario en el primer considerando de la Directiva analizada, es de su interés abordar estas materias ya que se “pueden crear obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior. distorsiones de competencia y compartimentación de los mercados nacionales”.

Este confuso lenguaje, se podría traducir por otro más al uso para el jurista nacional, a saber, el legislador comunitario intervendrá en el derecho privado, en tanto las legislaciones nacionales puedan ser utilizadas como elemento distorsionador de la competencia, o por concurrir tráfico comercial transfronterizo entre súbditos comunitarios, o con el loable fin de que el consumidor se sienta amparado en sus derechos por las Instituciones comunitarias, motivando así una mayor conciencia de que la Ciudadanía europea no es simplemente una declaración programática, vacía de contenido sustantivo.

Como reconoce HERRERO GARCÍA, también aquí, “autonomía privada y tutela del consumidor aparecen pues como puntos estrechamente ligados e interdependientes.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MULTIPROPIEDAD

La Directiva no se pronuncia como no podía ser de otra forma, sobre la naturaleza jurídica del derecho adquirido, abriendo la posibilidad de que se configure en el seno de cada Estado miembro como derecho real o personal. La única salvedad respecto a la amplitud de miras se encuentra en la negativa a considerar como supuesto que tenga cabida en el marco del tiempo compartido al contrato de arrendamiento -considerando 5º de la exposición de motivos-, por diferir entre otras cosas, en

la forma de pago. En este sentido, la Directiva no colisiona con la normativa griega pues a pesar de que ésta lo denomina contrato de multiarrendamiento o multiinquilinato, el pago se entiende realizado de forma única, tal y como exige la Directiva, no sucesiva, por lo que difiere esencialmente de los arrendamientos en que los pagos son periódicos.

Como razona VILLAGÓMEZ RODIL, conviene puntualizar que la multipropiedad es distinta de la propiedad horizontal, aunque coinciden en proyectarse sobre elementos comunales. En la segunda predomina la propiedad particular de la vivienda o local, siendo accesorios los elementos comunes del edificio en el que se integran. En cambio, en la primera, sin perder rango de importancia la propiedad individual, se equipara y nivela a los servicios y elementos del conjunto inmobiliario, por la importancia que estos cobran en cuanto a su adecuado y debido funcionamiento para hacer más posible y eficaz el derecho individual de cada partícipe.

Realidad subyacente e intereses en juego

Es importante evaluar la situación que subyace tras este fenómeno inmobiliario-vacacional, propio de sociedades desarrolladas en las que la segunda vivienda comienza a adquirir carta de naturaleza.

Desde el punto de vista del vendedor, se ha hallado un modo de reactivar el sector inmobiliario, así como de transformar el exceso de plazas hoteleras, en un sistema de propiedad por turnos, que garantiza la permanente ocupación así como un mayor beneficio en la venta por fracciones, colocando los inmuebles en el mercado con mayor rapidez, debido al bajo costo de las unidades, una vez individualizadas en cuotas semanales o superiores.

Para el adquirente, las ventajas de orden económico y práctico son también evidentes, al no tener que soportar los gastos de un complejo hotelero, ni los desembolsos imprevistos en orden al cuidado y mantenimiento de un apartamento en propiedad exclusiva, pudiendo eludir el enorme desembolso que supone la compra unitaria de la vivienda.

Como puntualiza HERRERO GARCÍA, se podría hablar en términos económicos de una "optimización" de la relación entre el costo y el uso efectivo de la segunda casa, por lo que podría concluirse que con la técnica de la multipropiedad se hace posible el disfrute de un inmueble a mayor número de personas que pueden así satisfacer sus exigencias de tener una vivienda en que gozar sus vacaciones o en general de su tiempo libre. Con ello se satisfacen aspiraciones complementarias pero que pueden estimarse necesarias para un mejor modo de vivir. La utilidad y relevancia social del fenómeno desde esta perspectiva puede justificar que se aprecie su funcionalidad para satisfacer exigencias legítimas de una pluralidad de sujetos.

¿Derecho personal o Derecho real?

Como hemos advertido, la Directiva otorga amplio margen a los Estados (arº 1 y Considerando 4), para configurar la multipropiedad como derecho real o personal, de corte obligacional.

En España, la polémica se encuentra definida con dos claros grupos de defensores. Mientras la mayoría de los empresas del sector optan por una fórmula societaria, casi en su totalidad, gestionadas por empresas británicas, con domicilio en Gibraltar o en las Islas del Canal de la Mancha, las asociaciones de consumidores, así como los colectivos de Notarios y Registradores de la Propiedad acuden en defensa del modelo "real", a través de la escrituración pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Unos por intereses económicos, otros por los asociativos y los demás, pudiera ser, por los corporativos, discuten e intentan interferir en los sucesivos Anteproyectos, como verdaderos "grupos de presión", en ocasiones para atemorizar al Gobierno con la imposibilidad económica de afrontar el desarrollo económico de la institución, si se apuesta por una política excesivamente proteccionista del consumidor, y en otras, con el mismo fundamento, para intentar demostrar que el consumidor rechazará esta fórmula, si no se le dota de la suficiente seguridad jurídica y se garantiza la viabilidad económica de los proyectos, y no olvidemos que el peso de las Asociaciones de consumidores, es cada vez más fuerte ante la opinión pública, a través de los medios de comunicación propios y extraños.

A favor del sistema societario u obligacional, cabría argumentar una mayor flexibilidad en el tráfico jurídico, por el momento, una menor trascendencia fiscal, en la transmisión de las participaciones, al favorecer la opacidad tributaria.

En beneficio del sistema de configuración de la multipropiedad como derecho real cabría mantener, que la intervención del Registrador de la Propiedad con su deber de calificación obviaría la comisión de abusos en contra del consumidor, se ganaría en seguridad jurídica y publicidad (la derivada del Registro de la Propiedad), se garantizaría la supervivencia de los complejos, al no poder ser embargadas las fracciones, al no pertenecer a la sociedad depositaria o a la sociedad gestora de los servicios. Por ello, los partidarios de esta solución concluyen estableciendo que la configuración societaria, supone la "recepción" de soluciones poco ajustadas en la valoración de nuestra realidad, y poco respetuosas con nuestra tradición jurídica, en la que el disfrute de la propiedad siempre ha estado garantizado por un sistema de garantías reales, de características propias, debidamente imitado, de notable altura doctrinal y científica, de depurada técnica legislativa (tan escasa hoy día), por lo que no se aprecian razones justificadas que motiven un cambio de concepción.

Pero si estudiamos en profundidad las relaciones latentes y económicas que ligan a las partes, podemos comprobar que la posición de predominio del vendedor y de la sociedad gestora de servicios (generalmente pertenecientes a un mismo grupo empresarial), es cuasiaplastante, cualesquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación jurídica, máxime cuando se reserven la propiedad de algunos elementos destinados al servicio común y sin cuya atribución sea prácticamente imposible un adecuado disfrute de las viviendas. Tampoco cabe esperar una adecuada representación de los partícipes a través de los órganos que al efecto se creen, pues por su elevado número, será difícil obtener una representativa voluntad comunitaria, por lo que serán más fácilmente manipulables. Todo ello sin olvidar que las crisis económicas de las sociedades gestoras, serán difícilmente soslayables, dado que sus sustitución no será siempre fácil, dadas las fuertes vinculaciones jurídicas y económicas que concurrirán, y por la improbable posibilidad de que los comuneros se autorregulen de forma eficaz,

dado que a veces son cientos o miles de titulares, insolvencias de resultados aún más catastróficos en los complejos societarios, dado que la propiedad es de la persona jurídica constructora o gestora, por lo que será fácilmente embargable, ante los ojos y exigible pasividad de los compradores, que no gozarán de título hábil para plantear una tercería de dominio.

Lo que nos lleva a insistir, que dentro de los sistemas existentes es el "real", el que menos conflictos deparará, aunque ni mucho menos los eliminará, debiendo prestarse toda la protección posible al consumidor, dada su clara posición de desequilibrio, lo que deberá posibilitar que las Asociaciones de Consumidores, presten un adecuado servicio jurídico y organizativo a los colectivos de propietarios.

4. EL CONTRATO Y LOS ELEMENTOS PERSONALES

Regula todo contrato o contratos celebrado por un período mínimo de tres años, en el que mediante un precio global, se transmita o se comprometa la transferencia de un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles por período que no podrá ser inferior a una semana.

Establece el artº 2 que el contrato habrá de tender a dicho fin "directa o indirectamente", especificar un precio global, para diferenciarlo del canon arrendaticio, exige que el inmueble o inmuebles, sea para el uso de vivienda, por lo que no afecta en exclusiva a los garajes, ni a las caravanas (como en Gran Bretaña), embarcaciones, parcelas de camping, amarres, o aviones, debiéndose esta limitación al Dictamen del Consejo Económico y Social ello no impide que cada Estado pueda ampliar el régimen a otros bienes, pero entonces no quedarán constreñidos por el marco de la presente directiva.

Pero al mencionar el artº 2, a "todo inmueble o parte de un inmueble", está permitiendo que parte de un complejo hotelero se destine a la transmisión en multipropiedad, lo que generará intrincadas relaciones jurídicas.

El vendedor podrá ser una persona física o jurídica desarrollando su función como actividad profesional. Para MUNAR BERNAT, ni pueden considerarse vendedores en el sentido que lo atribuye la Directiva, a los particulares que revenden su derecho, aunque el Dictamen mencionado no es de esa opinión.

Como adquirente configura la Directiva a toda persona física que actúe con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional.

5. EL DERECHO DE INFORMACIÓN

El vendedor está obligado a proporcionar un documento a cualquier persona que solicite información sobre el o los inmuebles, el cual deberá contener una descripción general del bien o bienes y los elementos que se especifican y se acompañan a la Directiva mediante anexo (partes, organización, precio, mantenimiento, gastos y costes legales, información sobre el derecho de resolución, etc.).

Dicha información, deberá formar siempre parte del contrato, incluyéndose en el mismo, lo que en un principio fue un documento complementario (considerando 7º).

Con estas cautelas se evita que un generoso ofrecimiento informativo, no pase luego a formar parte del contrato, por lo tanto "**la oferta pública**", pasa a tener sanción y reconocimiento jurídico.

El artº 3 contiene una peligrosa excepción, ya que mediante acuerdo expreso de las partes, se pueden introducir cambios no recogidos en la información inicialmente ofrecida, siempre que sea por causas ajenas a la voluntad del vendedor. Dichos cambios deberán comunicarse al comprador antes de la celebración del contrato y haciendo constar explícitamente los cambios.

Entiendo que dicho extremo añada controversia inútil y es un claro elemento distorsionador, sólo evitable, si en un apartado del contrato se hacen constar los cambios en cuanto tales, y no simplemente camuflados con el resto del texto contractual.

La Lengua del contrato

El contrato se hará obligatoriamente por escrito, y deberá contener todos los datos que figuran en el Anexo, y deberá estar redactado en la lengua o lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente o en la lengua o una de las lenguas del Estado miembro del que este sea nacional, a elección del adquirente.

Se prevén nuevas traducciones conformes o fidedignas, para el caso en que el adquirente no resida en el Estado en que radique el inmueble (artº 4).

6. EL DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Distinguimos con MUNAR BERNAT, entre desistimiento y resolución, para de acuerdo con la doctrina más autorizada, diferenciar los supuestos de apartamiento del contrato, sin necesidad de justificar la causa, de los casos, en que la conclusión de las relaciones deriva de un previo incumplimiento.

a) Desistimiento

Establece la Directiva que además de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos, el adquirente tendrá derecho:

- a resolver el contrato sin alegar motivos ("ad nutum") dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante. En caso de que el décimo día sea festivo se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable siguiente (artº 5).

Si el adquirente ejercita este derecho sólo podrá obligársele al pago, si procede, de los gastos que, de acuerdo con las legislaciones nacionales, se hayan producido debido a la perfección del contrato y a su resolución. Estos gastos deberán mencionarse explícitamente en el contrato.

No cabe duda que dichos gastos no quedan suficientemente concretados y pueden llegar a ser un elemento disuasorio del desistimiento, por lo que convendría que en la transposición se exigiese no sólo su mención explícita, *sino su cuantificación expresa*.

Es de esencial importancia esta institución del desistimiento para compensar las técnicas agresivas de los vendedores, que, sin duda, provocan una distorsión de la realidad que impide efectuar una opción serena, y ello, a través de la creación de un clima colectivo, de insistencia agobiante, de ofertas momentáneas, de regalos de dudosa aleatoriedad, de explicaciones insuficientes, etc. En suma, invitaría al jurista, en general, a personarse como cliente en alguna de las sesiones de venta de multipropiedad, seguro que será una experiencia inolvidable, pero, por favor, no firmen, en el mismo acto.

b) Resolución del contrato

Si el contrato no contiene, en el momento de la firma por ambas partes del contrato o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar, la información requerida y contenida en el Anexo, el adquirente tendrá derecho a resolver el contrato en un plazo de tres meses a partir de ese momento.

En el caso de que en el plazo de tres meses se facilitara la información, el adquirente dispondrá a partir de ese momento del plazo de resolución de diez días mencionado al hablar del desistimiento.

Si transcurrido el plazo de tres meses mencionado, no ha hecho uso del derecho de resolución y el contrato no contiene la información mencionada, el adquirente dispondrá del plazo de diez días referido, computable a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de tres meses (artº 5, 1 y 2).

Si el adquirente ejerce el derecho de resolución derivado del incumplimiento del deber de información, no podrá exigírsele pago alguno (artº 5,4).

Para hacer valer estos derechos bastará con una comunicación de forma que pueda ser probada (nosotros diríamos fehaciente), por escrito y enviada antes de la expiración del plazo.

En los casos en que se hubiese concertado un contrato de préstamo con el vendedor o por su intermediación, el mismo será resuelto sin penalización en el caso de que se ejerciten algunos de los derechos de resolución o desistimiento.

Ante este mandato contenido en el artº 7 se ha sostenido una dura crítica por las empresas del sector, dado el encarecimiento de los productos financieros que se contraten, debido al coste que habrán de soportar en caso de resolución.

Entiendo que queda muy confuso, el término “penalización”, pues no se especifica si se habrán de devolver los intereses remuneratorios ya abonados al acreedor crediticio, aunque así es de esperar si aplicáramos el artº 1303 del Código civil.

En cuanto a la renuncia de derechos establece el artº 8 de la Directiva que la renuncia de derechos, o la aceptación del comprador, en relación con la liberación de sus obligaciones por el vendedor, no vinculará al adquirente.

7. PAGOS ANTICIPADOS

Dentro de la política proteccionista, establece el artº 6, la prohibición de cualquier pago realizado con anterioridad al transcurso de los diez días naturales que tiene el sujeto para poder desistir sin alegar causa alguna.

8. LEY APLICABLE

Establece la Directiva que no podrá someterse el contrato a la ley de un país tercero, no comunitario, para evitar la inaplicación de la Directiva, en el caso de que el inmueble esté sito en el territorio de un Estado miembro (artº 9).

Al tratarse de una norma de mínimos, no se impide la aplicación de disposiciones más favorables, en materia de protección del adquirente.

La Directiva habrá de estar traspuesta, a más tardar a los treinta meses de su publicación, la cual se llevó a efecto en el DOCE de 29 de octubre de 1994.

9. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

a) Relaciones de la multipropiedad con la propiedad horizontal.

En la sentencia de la AP de Lleida (Sección 2ª) de 5 de junio de 1995 (Actualidad civil 53/1996), se entiende que el acuerdo en que se nombra presidente a un representante de una sociedad que tiene

carácter de copropietaria, pese a que los estatutos exijan la condición de copropietario al presidente, no es un acuerdo nulo de pleno derecho, por lo que debió ser impugnado en su momento.

b) Carácter mancomunado de la cuota.

La sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 24 de mayo de 1996 (Actualidad civil 1170/1996), establece que el partícipe ha de contribuir a los gastos proporcionalmente a su participación en la multipropiedad, pero tal responsabilidad no puede tener carácter solidario, pues nos encontramos con cuotas de participación independientes.

c) Desistimiento y período de reflexión.

La Sentencia de 6 de mayo de 1997 de la AP de Zaragoza (sección 2ª) (Actualidad Civil 1086/1997), deniega la nulidad del contrato, después de un análisis de los mecanismos de captación engañosa del consentimiento, al constar que el desistimiento se produce pasado un año.

Por su parte la Sentencia de 4 de noviembre de 1997 de la misma sección de la AP de Zaragoza (Actualidad civil 115 de 1998), tras un análisis de la Directiva comunitaria, establece la resolución del contrato al haberse efectuado en el plazo de 10 días.

d) La multipropiedad y la tercería de dominio.

Dado que la multipropiedad puede configurarse como derecho personal o societario, la Sentencia de la AP de Málaga (Sección 6ª) (Actualidad Civil 739/97), declaró que en el caso que se le planteaba no podía ejercitarse el procedimiento de tercería al no sustentarse en un derecho real. Recurrida en casación fue confirmada por el Tribunal Supremo.

e) La multipropiedad y el pacto de reventa.

La sentencia de la AP de Málaga (sección 6ª) de 30-6-97 declaró que no había compromiso que garantizase la venta sino tan sólo el inicio de gestiones de venta.

Por el contrario, la Sentencia de 7 de marzo de 1996 de la AP de Baleares (Sección 3ª) (Actualidad civil 1047 de 1996) declaró que procedía la resolución del contrato por incumplimiento del pacto de reventa.

En igual sentido, pero tratando temas de competencia judicial internacional, cláusulas abusivas, compromiso de venta y litisconsorcio por no llamarse al resto de los partícipes, la sentencia de la AP de Málaga (sección 4ª) nº 502, de 1-9-98.

f) Resolución del contrato por incumplimiento.

La sentencia de 18-2-97 de la AP de Málaga (Sección 6ª), declaró con excesiva rigurosidad que no constituía incumplimiento que el apartamento estuviese dotado de un dormitorio en lugar de los dos que contenía el contrato.

Con mayor sensibilidad declara la misma Sección, en Sentencia nº 108, de 15 de abril de 1998 que procede la resolución del contrato al no integrar a los compradores en la Red Internacional de Intercambios.

BIBLIOGRAFÍA

- MUNAR BERNAT PEDRO. A. "La Directiva 94/47 sobre protección de los adquirentes de multipropiedad..." *Gaceta Jurídica CEE*, B-99, nov-dic. 1994, pág. 18.
Sobre este particular, también cabe citar a O'CALLAGHAN MUÑOZ XAVIER. *Actualidad civil* 1994-1, págs. 1 a 17.
- MUNAR BERNAT. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 32, págs. 495 a 512.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA LUIS MARÍA. *Noticias CEE*, julio 1994, nº 114, págs. 14 y 15.
- VALLEJO LOBETE, citado por Cabello, op cit., pág. 26.
- HERRERO GARCÍA MARÍA JOSÉ. *La multipropiedad*. Editorial La Ley, Madrid 1988, pág. 49.
- VILLAGÓMEZ RODIL ALFONSO. Cuadernos de Derecho Judicial tomo IX, 1994 (Protección del Derecho de Propiedad), pág. 372.
- Sobre el borrador de Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia, se puede consultar a MIRALLES GONZÁLEZ ISABEL, *Noticias UE*, julio 1994, págs. 59 y ss.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN JOSÉ MANUEL. "La multipropiedad en la práctica notarial...". *Actualidad civil* 1995, números 21 y 22 (mayo), pág. 401. Del mismo autor en *Actualidad Civil*, págs. 803 y ss. del año 1998.
- "Multipropiedad". *Revista Dinero y Derechos*, nº 10, abril 1992, Editada por la OCU.
- Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Su relación con el Derecho internacional Privado. *La Ley* 19-3-98. nº 4503. NOEMI DOWNES.
- El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores. CEDECS EDITORIAL S.L. BARCELONA 1997, 399 páginas. LETE ACHIRICA JAVIER.
- El nuevo derecho real de aprovechamiento por turno. Pau Pedron. *La Ley* de 6-3-1997.
- Posibilidades actuales de la multipropiedad. O'Callaghan. *Sepin* 1997 nº 169 y 170.
- ARROYO FIESTAS FRANCISCO JAVIER. *La protección del Consumidor en el Derecho Comunitario*. Cuadernos de Derecho Judicial (Derecho Comunitario. Presente y Perspectivas). El presente trabajo sobre multipropiedad, forma parte de la anterior publicación, sin perjuicio de su ampliación y actualización.
- El presente trabajo sobre multipropiedad, constituye una ampliación y actualización de la obra colectiva más amplia, citada, sobre protección del consumidor, desarrollada dentro del plan estatal de formación continuada del CGPJ.

7

LUCES Y SOMBRAS
EN EL PROYECTO DE
LEY DE DERECHOS DE

APROVECHAMIENTO
POR TURNO
DE
BIENES INMUEBLES

LUCES Y SOMBRAS EN EL PROYECTO DE LEY DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES*

Jorge Martínez-Echevarría Maldonado

**Abogado
Matínez-Echevarría y Ferrero, Abogados**

Al Proyecto de Ley de aprovechamiento por turnos, desde el punto de vista fáctico, le son reprochables muchos aspectos que denotan el profundo desconocimiento que el legislador tiene de la realidad de la industria de la multipropiedad.

Así, en el artículo 1-1 se observa que el titular del derecho lo disfrutará durante un periodo específico y fijo cada año, cuando como es sabido por todos, en materia de multipropiedad se transmite tiempo flotante, esto es, una semana de un periodo estacional a determinar cada año, (facilitándose la venta, ya que normalmente no se tiene la seguridad que durante toda la vida de un individuo, se podrá disfrutar de vacaciones la misma semana fija en cada año).

En segundo lugar, el apartado 7º de este mismo artículo, proclama que el contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho real o personal, relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable del año, al margen de la presente ley, se entenderá celebrado en fraude de la misma y no impedirá su aplicación. Así mismo, podrá ser resuelto en cualquier momento por el adquirente o cesionario, debiendo ser devueltas cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos.

Acompañan al legislador unos criterios tan proteccionistas y de corte tan garantista y tuitivo para el comprador, que todo este aparato legal se vuelve contra sí mismo. (Porque, a partir de la entrada en vigor de esta ley, y por ende de este precepto, la adquisición de todos aquellos talonarios y bonos para hospedarse en distintos complejos de cadenas hoteleras -bancohotel o de paradores de turismo-, podrían ser considerados como celebrados en fraude de esta ley).

Igualmente le es recriminable al Proyecto, el ocuparse única y exclusivamente del mercado primario de venta de semanas de multipropiedad, olvidando, según el artículo 1-5, el mercado secundario, tan complejo en la práctica como aquél, ya que aun tratándose de ventas hechas entre particulares, la gestión de la misma se encomienda a empresas comercializadoras muy agresivas.

Ahora bien, los reproches a que antes aludía los iré denunciando a lo largo de esta ponencia sobre el Proyecto de Ley en la que resaltaré la pretendida transposición del artículo 9 de la Directiva que en el mismo se hace. Singularidades tales como el hecho de contemplar una única posibilidad

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 21 de mayo de 1998.

jurídica de explotación y el veto terminológico del vocablo multipropiedad; para terminar con algunas notas sobre institutos jurídicos como lo son la facultad de desistimiento y el derecho de privación de uso para caso de impago de cuotas.

1º TRANSPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 9 DE LA DIRECTIVA

El apartado 7º de la Exposición de Motivos cumple la función de explicar el contenido de la Disposición Adicional Segunda titulada "Imperatividad de la Ley". Desde la óptica del derecho internacional privado, se abordan en este punto, aunque lamentablemente con dudosa técnica jurídica, una serie de problemas cuya solución pretende justificarse por referencia al artículo 9 de la Directiva, en un mismo párrafo se mezclan de forma casi ininteligible, problemas de competencia judicial internacional y de ley aplicable junto con una lectura cuando menos sorprendente, de la mencionada norma de conflicto de la Directiva.

En primer lugar, el artículo 9 no soslaya -como se afirma- que el contrato se someta a la jurisdicción pactada por las partes, porque no hace ninguna referencia a la competencia judicial internacional en la materia.

Este precepto -que se encuadra en la categoría de las normas de conflicto multilaterales, o sea, que pertenece al sector de la determinación de la ley aplicable- en su literalidad, tampoco autoriza a excluir la aplicación del derecho internacional privado europeo contenido en las normas de conflicto uniformes del Convenio de Roma de 1.980. Por eso, y porque el precepto es explícito cuando añade "sea cual fuere la ley aplicable al contrato", hay que negar rotundamente que la directiva excluya la posibilidad de que el contrato para la utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, se someta a la ley elegida por las partes. La doctrina es pacífica en este sentido, cuestión distinta es que se limite el alcance de la remisión cuando esta conduzca a un ordenamiento no comunitario.

En cuanto a la competencia judicial internacional, pudiera pensarse de la lectura del Proyecto, que los Tribunales españoles son competentes con carácter exclusivo y excluyente, sobre aquellos litigios en la que se ventilen acciones reales sobre bienes inmuebles sitos en territorio español, de acuerdo con el artículo 16.1 del Convenio de Bruselas. En este sentido, sin embargo, hay que tener en cuenta que la exclusividad de la competencia, se limita a los supuestos de ejercicio de acciones reales y que, para fijar su exacta extensión, se debe atender al informe oficial que acompaña al Convenio (informe Schlosser) y muy especialmente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, puesto que su interpretación, que tiene carácter vinculante para los estados miembros de la Unión Europea, ha venido siendo muy restrictiva respecto de lo que debe entenderse por acciones reales. En consecuencia, ya no es posible confundir acciones reales y personales y adscribir ambas a la competencia exclusiva de los tribunales españoles. Asimismo el citado informe Schlosser, mantiene que las acciones mixtas no están sujetas al artículo 16.1 del Convenio de Bruselas, excluyéndose las que cita a título de ejemplo, acciones de nulidad, resolución o anulación de una venta de inmueble.

Sentado lo anterior, tenemos que afirmar categóricamente, que lejos de lo que pudiera pensarse, y no obstante la literalidad y el espíritu del Proyecto de Ley, lo cierto es que las partes podrán elegir como ley aplicable al contrato de venta, cualesquiera que decidan de entre aquellas de los Estados miembros de la Unión Europea, e igualmente, podrán aforar la mayoría de los litigios que surjan a la competencia de los tribunales de los Estados miembros, sin que se les pueda reprochar ningún tipo de fraude de ley internacional.

2º MODALIDAD ÚNICA

En la propia exposición de motivos en otro pasaje, se limita a una única modalidad jurídica la posibilidad de configuración del uso de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

“la cuestión previa de política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias formulas institucionales o si se debía su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás. Se ha optado por esta ultima posibilidad por tres razones: primero, porque no es adecuada la configuración de un derecho pleno cuando sus titulares están físicamente alejados del inmueble; segundo, porque las demás formulas que existen en la practica se rigen, convencionalmente, por ordenamientos extranjeros y no se adaptan a figuras reconocidas por nuestro derecho; y tercero, porque un derecho personal innominado, si pretende ofrecer cierta estabilidad a la relación jurídica (plazo indefinido o duración perpetua, subsistente frente a los actos de transmisión inter vivos o mortis causa del cedente o del cesionario, referencia cierta a un inmueble determinado...), presenta la naturaleza de un verdadero derecho real atípico, o, bien se trata de un simple contrato de intermediación, bien es fuente de obligaciones personalísimas”.

A nuestro juicio, sin embargo, no convencen las razones alegadas por el legislador.

En primer lugar, no parece aceptable afirmar que la configuración de un derecho pleno no es adecuada cuando sus titulares están físicamente alejados del inmueble, teniendo presente que en España contamos con un numero elevado de segundas viviendas, propiedad de residentes nórdicos y centro-europeos, que gozan de un derecho pleno y que sin duda, están también físicamente alejados de sus viviendas durante largos periodos de tiempo. La lejanía no sólo no puede constituir un argumento válido, sino que expresado en tales términos, encierra un contenido discriminatorio respecto de los residentes europeos, poco respetuoso con los compromisos de integración asumidos por España.

El segundo motivo alegado, contiene en si mismo una petición de principio. Si las demás formulas que existen, se rigen convencionalmente por ordenamientos extranjeros, será en buena medida porque el nuestro no las regula.

El tercero y último fundamento es sin duda el más oscuro y el más impregnado de las concepciones estrictamente inmobiliarias de sus autores.

¿Pero cual es esta modalidad única?

La modalidad es el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, tal como se denomina y se trata en el artículo 1, en el artículo 5 y en el artículo 13 del proyecto en estudio.

Que estamos ante un derecho real nuevo, lo revela el que no coincide con ninguno de los regulados en el Código Civil, y el hecho de que el propio legislador lo denomina de una forma tan singular que resalta la atipicidad de la figura. El propio tratadista Pau Padron, autor intelectual del proyecto, justifica la creación ex novo de este derecho real, para no desnaturalizar el derecho de habitación en cuanto que éste es intransmisible. Ahora bien, desde nuestra modesta opinión se incurre en un error de técnica jurídica, porque si bien es verdad que el artículo 108 de la Ley Hipotecaria no concibe al derecho de habitación como susceptible de hipoteca, y además el artículo 525 CC establece su inalienabilidad, no es menos cierto que el derecho de habitación se regula jerárquicamente:

- a.- Por lo establecido en el título consecutivo.
- b.- En su defecto por las reglas que le dedica el Código Civil en sus artículos 523 y sucesivos y,
- c.- A falta de ellas, por las disposiciones relativas al usufructo (artículo 528), salvo que sean contrarias al modo esencial de ser de dicho derecho.

Consecuentemente, gran parte de la doctrina encabezada por Albaladejo, entiende que puede establecerse la transmisibilidad en el título constitutivo. Dándole este carácter al derecho de habitación y permitiendo que pueda gravarse, de acuerdo con lo anterior, no entendemos porque se ha acudido a la creación de un derecho real nuevo, existiendo en nuestro ordenamiento positivo un instituto jurídico que cumple satisfactoriamente con las necesidades previstas por el legislador.

3º PROHIBICIÓN DEL TÉRMINO “MULTIPROPIEDAD”

Tanto en la exposición de motivos como en el artículo 8-1 del proyecto, se prohíbe la utilización del termino multipropiedad o cualquier otro que contenga la palabra propiedad.

En primer lugar, queremos decir que este tipo de vetos, dado su contenido astringente, fuerza a una exégesis restrictiva conforme a hermenéutica jurisprudencial consolidada, pues en caso contrario algunas empresas multinacionales de intercambio afectadas por la futura ley, podrán verse obligadas a modificar incluso su denominación. (Como R.C.I., pues condominio es sinónimo absoluto de copropiedad). Además el legislador denota una falta de personalidad pasmosa porque este veto legal es un acto de puro mimetismo e imitación del artículo 33 de la ley francesa de 6 de enero de 1.986.

Además, la mayoría de las legislaciones recientes para la transposición de la directiva 94/97, como la de Alemania, Austria, Holanda, Dinamarca y Gran Bretaña que representan un bloque importante de clientes del sector turístico de nuestro país, continúan utilizando indistintamente la expresión en sus distintas lenguas de multipropiedad y/o timeshare.

En cualquier caso, he tenido conocimiento, que en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados han sido admitidas una serie de enmiendas del grupo parlamentario catalán, una de ellas introductora de la posibilidad de uso del término multipropiedad o análogos.

4º FACULTAD DE DESISTIMIENTO

1º.- En la exposición de motivos se justifica el derecho de resolución *ad nutum* o facultad de desistimiento. Esta técnica tiene unos elementos negativos, como son los siguientes:

a.- Su propia justificación: esto es, si su fundamento es el de contrarrestar determinadas técnicas publicitarias, lo que hay que hacer, es reprimir éstas, no establecer este derecho distorsionador que parte de la idea de que todos los vendedores son iguales. A mayor abundamiento, las técnicas de ventas son muy singulares fly-by (in house) u off site, impidiendo de facto su ejercicio.

b.- La configuración del comprador en todo caso como irreflexivo e irresponsable, debiendo estar-se únicamente a la capacidad de obrar del sujeto.

c.- Por lo tanto, no hay razón para conceder este derecho sólo al adquirente de aprovechamiento por turnos, y no extenderlo a cualquier comprador de propiedad o de cualquiera otro derecho real.

d.- La incompatibilidad del derecho de arrepentimiento con el hecho de su otorgamiento en escritura pública, puesto que la intervención del notario asegura la erradicación de la irreflexión (habría de seguirse la misma técnica que L.C.C.F.E.M.).

e.- Se destroza drásticamente la doctrina jurisprudencial muy consolidada en torno al artículo 1.124 Código Civil en el sentido de entender como susceptible de resolución contractual, sólo aquellos supuestos de actitud rebelde y contumaz al cumplimiento.

f.- El derecho de desistimiento encuentra mejor acomodo en aquellos sistemas que reconocen y utilizan la fórmula del precontrato como contrato previo al definitivo. (Piénsese en el conocido caso Penzoil versus Texaco, que originó cuantiosas indemnizaciones con causa en el cumplimiento defectuoso de tratos preliminares).

5º EL IMPAGO DE LAS CUOTAS A LA SOCIEDAD DE SERVICIOS Y EL DERECHO DE PRIVACIÓN DE USO

La presencia de una sociedad de servicios que garantice la viabilidad de un complejo de multipropiedad, es una de las obsesiones del legislador, ya que en la Directiva apenas si se menciona.

Utilizamos el término obsesión porque se le cita y regula en los artículos 4º, 5º, 8º, 9º, 13º y 16º a 19º.

Piénsese que esta regulación tan exhaustiva, está amenazada de muerte, toda vez que las Comunidades Autónomas entienden que como sociedades de servicios turísticos que son, han de ser reguladas por estas últimas íntegramente y, a mayor abundamiento, ha sido admitida una enmienda en tal sentido presentada por el grupo parlamentario catalán.

Ahora bien, en cualquier caso, tanto el impago de cuotas como el derecho de privación de uso, en tanto institutos de derecho civil y competencia estatal, se mantendrán durante la tramitación parlamentaria, y por eso, lo desarrollo en esta ponencia:

1º.- Como contenido posible, el proyecto prevé de acuerdo con su artículo 13, que en el contrato pueda pactarse una condición resolutoria explícita para el caso de que el adquirente y titular del derecho de aprovechamiento, no atienda, una vez requerido, el pago de las cuotas debidas a la sociedad de servicio durante dos años consecutivos o tres alternos. El propietario sólo podrá efectuar dicha resolución a instancia de la sociedad de servicios, previo requerimiento resolutorio, y depositando a disposición del titular del derecho resuelto, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo de existencia que le reste al derecho hasta su extinción, más el interés del dinero correspondiente.

Sinceramente, desde el punto de vista jurídico, esta concepción es excesivamente radical, por los siguientes motivos:

a.- Porque aceptar este clausulado es tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio del titular del derecho de aprovechamiento, lo cual, como todos Ustedes saben, está especialmente proscrito por el Código Civil.

b.- En segundo lugar, va a provocar el que en el contrato de compra no se refleje el precio realmente satisfecho, con la finalidad de que el Promotor, en previsión de que pueda llegar el supuesto de hecho de la resolución, tenga que devolver nada o lo mínimo posible, lo que obligadamente generará una gran cantidad de dinero extrafiscal en este Sector.

Además, esto supone desconocer completamente la industria de la multipropiedad en la que los gastos de comercialización, llegan a suponer el 50% del precio de compra, y que, al no ser rescatables, serán indefectiblemente perdidos por el promotor.

c.- Tendrá igualmente un efecto disuasorio para los empresarios de multipropiedad, desincentivando la inversión al obligar al promotor a estar en una permanente vigilia de ventas, ya que a los 25 años de iniciar el negocio, puede verse obligado a seguir transmitiendo derechos de aprovechamiento previamente resueltos.

2º.- Por lo que respecta al segundo mecanismo, esto es, la facultad de privación de uso, parece justificarse en un conocido pronunciamiento de la D.G.R.N. de 4 de marzo de 1.993 que consideró válida e inscribible, la cláusula que establece un derecho de retener la posesión a favor de la sociedad de servicios, hasta que se abone todo el importe de los gastos y servicios comunitarios.

Por el contrario, la S.A.P. de Málaga de 7 de diciembre de 1.995, no lo entendió así. En ella, se ventilaba una demanda interdictal, para recuperar la posesión presentada por los titulares de un derecho de multipropiedad, frente al acto de privación efectuado por personas dependientes de la sociedad de servicios.

De aprobarse el texto proyectado, la sociedad de servicios, sin necesidad de pacto expreso, ostentará un derecho de privación de uso con el fin de disfrutar del inmueble por sí, o por cesión a un tercero y reintegrarse en el importe debido por el titular. Este derecho, no puede calificarse *estricto sensu* como de retención, por los siguientes motivos:

1º.- Para que el acreedor ostente derecho de retención, es necesario que exista una relación contractual entre el titular de la retención y el deudor, y a todas luces en el proyecto se estatuye un triángulo promotor-sociedad de servicios-titular de derecho de aprovechamiento por turno, en la que estos dos últimos no tienen relación contractual alguna.

2º.- Para poder configurar legalmente un derecho de retención es imprescindible que el retentor sea un poseedor. Ahora bien, el Proyecto no califica a la sociedad de servicios como poseedora sino que le atribuye únicamente una función de defensa de la posesión ajena, por lo que podríamos calificarla más bien, como servidora de la posesión, sin que quepa entender por tanto, que quede legitimada interdictalmente.

3º.- En los supuestos legales en los que se otorga el derecho de retención, (artículo 453 Código Civil, poseedor de buena fe; 1.600 arrendatario de obra, 1.730 el mandatario; 1.780 el depositario; 1.866 el acreedor pignoraticio), la facultad de retención posesoria no permite al retentor más que inmovilizar la posesión del objeto en su poder, suspendiendo la obligación de devolución, pero no se extiende a la posibilidad de realizar actos de disfrute o posesión sobre la cosa. En consecuencia con lo anterior, desde el punto de vista empresarial se está muy conforme con el contenido material del artículo 18, pero se le reprocha al legislador, la falta de técnica jurídica en su implantación, y lo vulnerable que será en la interpretación jurisprudencial posterior a su entrada en vigor.

LEY DE TURISMO

en

Andalucía

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA A TODOS LOS QUE LA PRESENTE VIEREN, SABED:

Que el Parlamento de Andalucía ha aprobado y yo, en nombre del Rey y por la autoridad que me confieren la Constitución y el Estatuto de Autonomía, promulgo y ordeno la publicación de la siguiente

“LEY DEL TURISMO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente Ley del Turismo tiene su habilitación en el artículo 13.17 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el cual atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de promoción y ordenación del turismo; además, el artículo 12.3.3º del texto estatutario configura al turismo como un objetivo institucional de nuestra Comunidad Autónoma.

La Ley pone fin a la acusada, y casi tradicional, dispersión normativa en materia turística, en la que coexisten normas estatales, anteriores y posteriores a la Constitución y normas autonómicas aprobadas en ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

Dada la amplitud del campo material de la actividad turística, se hace preciso una previa delimitación que concrete qué aspectos de la realidad de nuestro entorno deben ser objeto de consideración desde esta norma. Se impone distinguir la actividad turística de las generales actividades lúdicas y de ocio. Es cierto que cualquier actividad puede ser objeto de atención

desde el punto de vista turístico siempre que se le pueda atribuir la cualidad de provocar desplazamientos para el descanso y el esparcimiento, pero las actividades lúdicas y de ocio pueden cumplir su papel como tales sin hallarse vinculadas necesariamente al fenómeno turístico.

Estas precisiones aconsejan dejar fuera del ámbito de aplicación de esta Ley todo lo relativo al régimen de los espectáculos y juegos, como actividades consideradas en sí mismas. Al mismo tiempo, hay que considerar que el turismo es un bien que debe ser tenido en cuenta por sectores normativos diferentes, como el ambiental y espacios naturales, costas, transportes o el relativo al patrimonio histórico.

De todo ello se concluye que la tarea del legislador no debe ser la de ofrecer un tratamiento vertical de la materia, esto es, una regulación de los diversos aspectos de los diferentes sectores turísticos, sino que debe limitarse a una regulación horizontal, en el sentido de centrar su atención en aquellas actividades, de carácter económico en su mayoría, que tengan incidencia sobre el turismo como actividad de desplazamiento para gozar de los atractivos de nuestra tierra.

En la actualidad se ha convertido en un fenómeno de masas que provoca importantes flujos económicos y, por tanto, se constituye en un recurso económico de primer orden especialmente en Andalucía. Por lo tanto, el turismo es un sector estratégico capaz de contribuir de manera decisiva a la consecución de los objetivos de política social y económica trazados por el Gobierno andaluz; como tal, debe ser objeto de atención por el legislador, sin perjuicio de

que pueda serlo también desde perspectivas diferentes de la estrictamente jurídica-económica. Es así factor de universalización de culturas, conocimiento y comprensión de los diversos pueblos, instrumento de desarrollo y enriquecimiento de la personalidad.

El turismo aparece como el punto de referencia de una actividad económica profundamente diversificada y compleja. En cuanto actividad económica, está encaminada, en primer lugar, a proporcionar la debida atención a las personas que se desplazan de sus domicilios atraídas por el deseo de conocer y disfrutar de determinados aspectos de la realidad de un país, aspectos que se erigen de esta forma en recursos turísticos. La actividad turística se orienta, pues, al cuidado, promoción y explotación de aquellos objetos y actividades que se consideran adecuadas para producir un incremento de flujos de este tipo y, en consecuencia, para aumentar la incidencia del turismo como recurso económico.

De esta manera, si desde una perspectiva cualitativa el turismo de Andalucía ofrece la característica de la diversidad, desde una perspectiva cuantitativa el turismo se presenta como la primera industria de nuestra economía en un proceso de pujanza y dinamismo, según revelan los indicadores económicos de los últimos años.

A estos objetivos tiende la presente Ley según se indica en su título I, todo ello con la finalidad de obtener el mayor provecho de los recursos turísticos, dentro del máximo respeto y cuidado de la cultura y tradiciones andaluzas y según las pautas del principio de sostenibilidad. En este contexto Andalucía se presenta de cara a su promoción exterior como destino turístico inte-

gral, que conserva sin embargo sus múltiples facetas y personalidades, aglutinadas sólo de manera simbólica bajo esta marca de destino integral a efectos de crear un mayor impacto promocional en aquellas campañas realizadas más allá de nuestras fronteras.

Aunque tradicionalmente se ha dicho que no es misión del legislador formular definiciones, es, sin embargo, una práctica muy arraigada en los últimos tiempos ofrecer en el frontal mismo de las leyes los conceptos básicos de la materia que constituye su objeto de regulación. Se pretende plantear unos puntos de referencia claros acerca de una realidad compleja, a los solos efectos de la ordenación que se establece. La Ley define entre otros los conceptos de recursos turísticos, actividad turística y usuarios turísticos con objeto de acotar de forma precisa el contenido de la regulación.

El título II establece los ámbitos competenciales de las distintas Administraciones Públicas en materia turística. Se configura la Administración turística como el conjunto de órganos y entidades de naturaleza pública con competencias específicas sobre la actividad turística; en ella confluyen la Administración autonómica y las Entidades Locales con unas competencias turísticas que traducen su papel institucional y que, sobre todo en el caso de los municipios, van a desempeñar unas funciones clave en la ordenación de importantes aspectos de la actividad turística a través del ejercicio de sus propias competencias.

La Ley diseña un sistema de la distribución competencial que parte de la idea de una cooperación integrada en el marco de la normativa

sobre régimen local, primando en todo caso esta cooperación sobre las competencias de coordinación que el ordenamiento vigente atribuye a las Comunidades Autónomas en relación con los entes locales. Este es el sentido de la cláusula de cierre con que se articulan las relaciones interadministrativas en el artículo 5 de la Ley.

En su capítulo II se aborda el tratamiento del Municipio Turístico. Sin perjuicio de las especialidades que la legislación sobre régimen local, tanto estatal como autonómica, puedan introducir respecto a las distintas formas de organización municipal, la Ley andaluza del Turismo no podía omitir el tratamiento de estos singulares municipios de nuestra geografía sin incurrir en el abandono de lo que es su propia razón de ser, velar por la ordenación y la efectiva prestación de los servicios municipales en estos pueblos y ciudades en los que la población turística efectivamente asistida excede, con mucho, del número de vecinos.

Por ello, la declaración de Municipio Turístico implica la puesta en marcha de una acción de fomento por parte de la Junta de Andalucía de la que habrán de beneficiarse éstos, en el marco de una acción concertada de recíproco apoyo y compromiso.

En este punto, la Ley define, lo que constituye una novedad con respecto a las leyes autonómicas que hasta ahora se han ocupado del tema, el propio concepto de población turística asistida entendida como la constituida por quienes no ostenten la condición de vecinos del municipio pero tengan estancia temporal en el mismo por razones de visita turística, segunda

residencia o alojamiento turístico, admitiendo en su determinación diversos medios de prueba que serán objeto de tratamiento reglamentario.

El respeto a la autonomía local preside la regulación de la Ley en este punto por cuanto que, con independencia de que la declaración de Municipio Turístico sea competencia del Consejo de Gobierno, la iniciativa para tal declaración debe partir, necesariamente, de los propios municipios afectados, siendo preceptivo el acuerdo plenario del Ayuntamiento correspondiente adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. De este régimen se excluyen a las grandes ciudades que, por sus perfiles y características propias, deben ser objeto de específico tratamiento en el Plan General del Turismo.

Desde el punto de vista organizativo, la Ley adscribe a la Consejería competente en materia turística cuatro órganos: el Consejo Andaluz del Turismo, el Consejo de Coordinación Interdepartamental en materia de Turismo, la Oficina de la Calidad del Turismo y la Escuela Oficial de Turismo. La creación del Consejo Andaluz del Turismo responde a la convicción, expresa en el Pacto Andaluz por el Turismo, que el turismo es una actividad fundamentalmente privada cuyo ejercicio está, sin embargo, influido por la orientación del conjunto de las políticas públicas y que, por ello, la planificación del turismo debe realizarse en estrecha colaboración con las organizaciones empresariales y sindicales fomentando la cooperación entre los agentes públicos y privados y la participación de la sociedad andaluza en su conjunto en la apuesta por la construcción de un turismo moderno, competitivo y sostenible en Andalucía. El Consejo Andaluz del Turismo nace así en la Ley como un órgano con-

sultivo y de asesoramiento de la administración turística de la Junta de Andalucía en el que estarán representadas las Entidades Locales andaluzas, las empresas, los trabajadores y aquellas organizaciones que reglamentariamente se determinen.

El Consejo de Coordinación Interdepartamental en materia de Turismo es un órgano de coordinación y consulta interna de la propia Administración de la Junta de Andalucía y responde a la necesidad de coordinar la labor de las distintas Consejerías cuyas materias tengan relación, directa o indirecta, con la actividad turística.

La Oficina de la Calidad del Turismo se constituye como órgano independiente cuya finalidad es velar por la efectividad de los derechos que la Ley reconoce a los turistas y garantizar la calidad de los servicios prestados en Andalucía.

La Escuela Oficial de Turismo, creada por el Decreto 35/1996, de 30 de enero, se configura como el órgano que ejerce las competencias en materia de formación turística, si bien la disposición transitoria tercera le atribuye temporalmente las funciones reglamentariamente establecidas sobre los centros privados de enseñanzas especializadas de turismo.

El título III de la Ley establece los instrumentos de ordenación y promoción para que la Administración turística pueda estimular un crecimiento ordenado y sostenible de nuestro sector turístico, salvaguardando el medio natural y nuestro patrimonio histórico y cultural, todo ello en coherencia con la planificación territorial. Entre estos instrumentos destaca por su vocación integral el Plan General del Turismo, llamado a

definir el modelo y la estrategia de desarrollo turístico de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de su eventual desarrollo, con relación a sectores específicos, a través de programas ejecutivos. Asimismo, debe subrayarse, por su carácter innovador, la posibilidad de declarar Zonas de Preferente Actuación Turística dotadas de planes propios de actuación turística integrada y aprobar Programas de Recualificación de Destinos y Programas de Turismos Específicos.

Desde esta consideración el turismo constituye una de las actividades económicas con mayor incidencia territorial en Andalucía, tanto por la estrecha relación existente entre dicha actividad y los recursos naturales, como por el impacto que genera, entre otras, sobre la dinámica y redistribución de la población, la organización del sistema de ciudades y las demandas sobre las infraestructuras físicas. En ese sentido, el turismo juega un papel fundamental en la construcción del modelo territorial de Andalucía y su planificación debe hacerse en plena coherencia con la planificación territorial, ya definida en las Bases y Estrategias del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía.

De otro lado, también es innovadora la declaración legal de Andalucía como destino turístico integral, favoreciendo así la promoción de conjunto del sector turístico, y ello sin perjuicio del respeto en todo momento de las identidades e imágenes locales específicas, ni de la creación de denominaciones geoturísticas específicas. Por último, la Ley eleva a rango legal otros instrumentos que han acreditado su efectividad en la promoción del sector, como las declaraciones de interés turístico nacional y los incentivos a la calidad, que hasta la fecha se

encontraban regulados en disposiciones reglamentarias.

El título IV regula los derechos y obligaciones en materia de turismo, siendo su finalidad, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que la legislación sobre consumidores y usuarios reconoce a los usuarios de servicios turísticos, la de garantizar los específicos derechos de los mismos, así como determinar sus obligaciones; de igual modo, el capítulo II regula los derechos y obligaciones de las empresas turísticas.

El título V se refiere a la ordenación de la oferta turística y contiene la regulación sustantiva básica de los servicios y establecimientos turísticos en general. La pretensión de la norma es la de configurar el marco jurídico de los servicios y establecimientos turísticos y establecer las condiciones básicas que han de reunir para respetar y proteger el medio ambiente, el paisaje y la cultura andaluza. A este respecto, la Ley declara como servicios turísticos a los de alojamiento, restauración, intermediación y de información turística, si bien prevé que reglamentariamente se podrán reconocer el carácter turístico a cualesquiera otros servicios complementarios o actividades relacionadas con el ocio, tales como el turismo ecuestre, las salas de fiesta y las discotecas.

Mención especial merece, por su nueva regulación y trascendencia, el Registro de Turismo de Andalucía, siendo la inscripción requisito indispensable para el inicio de la prestación de los servicios turísticos y para poder acceder a las ayudas y subvenciones.

La Ley enumera las distintas modalidades de alojamiento turístico, siguiendo la clasificación

convencional. No establece un “números clausus” de los establecimientos turísticos, pudiéndose reglamentariamente clasificar otros establecimientos distintos de los enumerados.

Destaca la inclusión de los inmuebles de uso turístico en régimen de aprovechamiento por turno y la definición de casa rural como modalidad de alojamiento turístico, comprensiva de ofertas turísticas tan distintas como el agroturismo o el turismo verde de nuestras sierras y la regulación de las viviendas turísticas, en las que, por su incidencia en la oferta turística, aconseja garantizar la coordinación de su oferta y los derechos de los usuarios del alojamiento.

Se contempla finalmente la reglamentación de otros servicios turísticos como los de restauración, estableciendo su concepto y clasificación. Es de destacar que la Ley no sólo reconoce como tales a los restaurantes y cafeterías, sino que incorpora la novedad de considerar en esta categoría a determinados bares, limitados por disposición reglamentaria, cuyas peculiares características así lo requieran; también reglamentariamente podrán clasificarse otros establecimientos distintos de los señalados.

Igualmente se regulan las empresas de intermediación turística, especialmente las agencias de viaje y las centrales de reserva, si bien se habilita a que reglamentariamente se incorporen a esta actividad otras empresas que tengan por objeto nuevas modalidades de intermediación, tales como los organizadores profesionales de congresos.

La regulación de la información turística pretende coordinar los servicios de información con

la finalidad de mejorarlos, siempre en beneficio de los turistas, siguiendo los principios consagrados por la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Se contemplan asimismo los palacios de congresos en cuanto realizadores de actividades para la acogida y celebración de congresos, convenciones, ferias, incentivos y cualquier otro acontecimiento similar.

El título VI, De la Inspección Turística, recoge como novedades principales, en relación con la Ley 3/1986, la regulación de las funciones o cometidos generales de la Inspección turística, los deberes recíprocos de colaboración entre los distintos organismos públicos, la introducción de los Planes de Inspección Programada, así como la regulación con mayor precisión de las facultades de la Inspección, tales como la citación a comparecencia y la formulación de advertencias de obstrucción.

El título VII de la Ley aborda el régimen sancionador de la actividad turística, sustituyendo, por tanto, a la Ley 3/1986, de 19 de abril, de inspección y régimen sancionador en el ámbito del turismo. De este modo, se adaptan las disposiciones sancionadoras a las reglas generales introducidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y a las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

En relación con las infracciones turísticas, se ha ajustado su tipificación a los deberes y prohibiciones legales establecidos en la Ley y se ha

procedido a una más precisa acotación de los sujetos responsables administrativamente y de los efectos jurídicos en caso de concurrencia de infracciones sancionadoras administrativas y penales, así como se ha sustituido el plazo único de prescripción de la Ley 3/1986, de 19 de abril, por una escala de plazos de prescripción en función de la gravedad de la infracción.

En cuanto a las sanciones administrativas, además de la necesaria actualización de la cuantía de las multas, se han introducido preceptos complementarios en relación con los órganos competentes para la imposición de sanciones, así como la imposición de multas coercitivas.

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto y fines de la Ley.

1. El objeto de la presente Ley es la ordenación y promoción del turismo.
2. En el marco del Estatuto de Autonomía y de lo establecido en el párrafo anterior, la presente Ley tendrá por finalidad:
 - a) El impulso del turismo como sector estratégico de la economía andaluza, generador de empleo y riqueza.
 - b) La ordenación del turismo y la promoción de Andalucía como destino turístico integral atendiendo a la realidad cultural, medioambiental, económica y social.
 - c) La delimitación de las competencias de las diferentes Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el turismo.
 - d) La protección de los recursos turísticos de acuerdo con el principio de sostenibilidad.

- e) La consecución de la competitividad del sector turístico que se basará en la incorporación de los criterios de calidad a la gestión de las empresas y servicios turísticos, potenciando el nivel de profesionalidad y cualificación del personal encargado de la prestación de los mismos.
- f) La eliminación de la clandestinidad y la competencia desleal en la actividad turística.
- g) La protección de los usuarios turísticos.
- h) La formación y la especialización de los profesionales del sector.
- i) El fomento del turismo como instrumento de comunicación y conocimiento entre los pueblos, así como medio de desarrollo de los valores propios de la cultura andaluza.

Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de la presente Ley, se entiende por:

- a) Recursos turísticos: aquellos bienes materiales y manifestaciones diversas de la realidad física, geográfica, social o cultural de Andalucía susceptibles de generar corrientes turísticas con repercusiones en la situación económica de una colectividad.
- b) Actividad turística: el conjunto de los servicios prestados, o susceptibles de ser prestados, a los usuarios turísticos y a aquellos otros que lo demanden, con el propósito o el resultado de atender alguna necesidad de éstos derivada de su situación, actual o futura, de desplazamiento de su residencia habitual, así como las actuaciones públicas en materia de ordenación y promoción del turismo.
- c) Servicio turístico: el servicio que tiene por objeto atender alguna necesidad, actual o futura, de los usuarios turísticos o de aquellos otros que lo demanden, relacionada con su situación de desplazamiento de su residencia habitual por motivos distintos a los de carácter laboral.
- d) Administración turística: aquellos órganos y entidades de naturaleza pública con competencias específicas sobre la actividad turística.
- e) Empresas turísticas: las personas físicas y jurídicas que, en nombre propio y de manera habitual y con ánimo de lucro, se dedican a la prestación de algún servicio turístico.
- f) Establecimientos turísticos: el conjunto de bienes, muebles e inmuebles, que, formando una unidad funcional autónoma, es ordenado y dispuesto por su titular para la adecuada prestación de algún servicio turístico.
- g) Trabajadores turísticos: las personas que prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de una empresa turística.
- h) Usuarios turísticos o turistas: las personas naturales que, como destinatarios finales, reciben algún servicio turístico.

TÍTULO II DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I

Competencias

Artículo 3. Competencias de la Administración de la Junta de Andalucía.

1. Corresponden a la Administración de la Junta de Andalucía las siguientes competencias en relación con el turismo:

- a) La formulación y aplicación de la política de la Comunidad Autónoma en relación con el turismo.
- b) La formulación de directrices para la política de fomento y desarrollo del turismo y las actividades turísticas.
- c) Las potestades de inspección y sanción sobre las actividades turísticas en los términos establecidos en esta Ley.
- d) La declaración de Municipio Turístico a solicitud de los Ayuntamientos.
- e) La declaración de Zona de Preferente Actuación Turística.
- f) La protección y promoción de la imagen de Andalucía y sus recursos turísticos tanto interior como exterior, sin perjuicio de la acción concertada con el Estado.
- g) La planificación y ordenación del turismo, considerando en tal sentido la ordenación de la oferta, la planificación y programación de la oferta turística de interés para Andalucía y la coordinación de las actuaciones que en esa materia ejerzan las Entidades Locales.
- h) La regulación de las enseñanzas no universitarias y la de las profesiones del sector y, en su caso, la autorización para su ejercicio, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.30ª de la Constitución.
- i) La ordenación y gestión del Registro de Turismo de Andalucía.
- j) La coordinación de las actividades de promoción del turismo que realicen las Entidades Locales.
- k) Cuantas otras competencias relacionadas con el turismo se le atribuyen en esta Ley o en otra normativa de aplicación.

2. Las competencias señaladas en el número anterior podrán ser delegadas en las Entidades Locales, siempre que sea posible por su natura-

leza, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

Artículo 4. Competencias de las Entidades Locales.

1. Sin perjuicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía y atendiendo al principio de coordinación interadministrativa, las Entidades Locales, en sus respectivos ámbitos, ejercerán, por sí o asociadas, de conformidad con la presente Ley y con lo establecido en la normativa sobre régimen local, las siguientes competencias y funciones:

- a) La promoción de sus recursos turísticos y fiestas de especial interés.
- b) La colaboración con la Consejería competente en materia turística, así como con otras Entidades Locales, en relación a la promoción de zonas y recursos turísticos comunes, conforme a la consideración de Andalucía como destino turístico integral recogido en esta Ley.
- c) El otorgamiento de las licencias que la legislación les atribuye en lo que atañe a empresas y establecimientos turísticos.
- d) El desarrollo de la política de infraestructuras turísticas de su competencia.
- e) La gestión de los servicios que les correspondan de acuerdo con la normativa de régimen local, la presente Ley y el resto del ordenamiento jurídico.
- f) La participación en la formulación de los instrumentos de planificación del sistema turístico.
- g) Cualesquiera otras que pudieran serles atribuidas o delegadas en los términos de la presente Ley y disposiciones que la desarrollen.

2. Específicamente le corresponde a las Diputaciones:

- a) La promoción de los recursos, zonas o fiestas de especial interés para la provincia.
- b) El asesoramiento técnico y el apoyo económico a los municipios en materia de fomento y promoción turística, especialmente a aquellos cuya población sea inferior a veinte mil habitantes.

Artículo 5. Las relaciones interadministrativas.

1. En el ámbito de la Comunidad Autónoma, las relaciones entre los diversos entes públicos con competencias turísticas se ajustarán a los principios de coordinación, cooperación, colaboración y descentralización.

2. El Consejo de Gobierno podrá coordinar el ejercicio de las competencias de las Entidades Locales en materia de turismo en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. A tal efecto, podrá definir los objetivos de interés autonómico y determinar las prioridades de acción pública en relación con la actividad turística a través de los correspondientes instrumentos de planificación, previa audiencia de los Entes Locales afectados, directamente o a través de las entidades que les representen.

La coordinación se llevará a cabo con respeto a los respectivos ámbitos de competencia, sin afectar en ningún caso a la autonomía de las Entidades Locales.

CAPÍTULO II El Municipio Turístico

Artículo 6. Definición de Municipio Turístico y finalidad de su declaración.

1. Se consideran Municipios Turísticos, y como tales podrán solicitar su declaración,

aquellos que cumplan los criterios que reglamentariamente se establezcan y entre los cuales deberán figurar la población turística asistida, el número de visitantes y la oferta turística.

2. Constituye la finalidad esencial para la declaración de Municipio Turístico el fomento de la calidad en la prestación de los servicios municipales al conjunto de la población turística asistida, mediante una acción concertada de fomento.

3. A los efectos de esta Ley, se considera población turística asistida la constituida por quienes no ostenten la condición de vecinos del municipio pero tengan estancia temporal en el mismo por razones de visita turística, segunda residencia o alojamiento turístico. Su determinación se efectuará por los medios de prueba que reglamentariamente se establezcan.

Artículo 7. Declaración.

1. Para la declaración de Municipio Turístico se tendrá en cuenta, en especial, las actuaciones municipales en relación a:

- a) Los servicios mínimos que presta el municipio respecto a los vecinos y la población turística asistida.
- b) Los servicios específicos en materia de salubridad pública e higiene en el medio urbano y natural y de protección civil y seguridad ciudadana y cuantos sean de especial relevancia turística.

2. La declaración de Municipio Turístico será competencia del Consejo de Gobierno, oído el Consejo Andaluz del Turismo, a solicitud de la propia Entidad, mediante acuerdo plenario del Ayuntamiento correspondiente adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

Artículo 8. Efectos de la declaración.

La declaración de Municipio Turístico podrá dar lugar a la celebración de convenios interadministrativos en orden a compensar la mayor onerosidad en la prestación de los servicios.

CAPÍTULO III

Órganos y entidades en materia de turismo de la Administración de la Junta de Andalucía

Artículo 9. Órganos y entidades.

1. La Junta de Andalucía ejercerá sus competencias administrativas sobre el turismo a través de la Consejería que en cada momento las tenga atribuidas.

2. Adscritos a la Consejería competente en materia turística existirán los siguientes órganos:

- a) El Consejo Andaluz del Turismo.
- b) El Consejo de Coordinación Interdepartamental en materia de Turismo.
- c) La Oficina de la Calidad del Turismo.
- d) La Escuela Oficial de Turismo.

3. Dicha Consejería ejercerá, respecto de las empresas de la Junta de Andalucía cuya finalidad esencial sea la promoción y el fomento del turismo, las funciones atribuidas a la Administración de la Comunidad Autónoma en la normativa aplicable.

Artículo 10. El Consejo Andaluz del Turismo.

1. Sin perjuicio de la existencia de otros órganos consultivos de carácter general de la Administración de la Junta de Andalucía, el Consejo Andaluz del Turismo es el órgano consultivo y de asesoramiento de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de turismo.

2. En el Consejo Andaluz del Turismo estarán representadas las Entidades Locales andaluzas, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como aquellas otras organizaciones que se establezcan reglamentariamente.

3. Su organización y régimen de funcionamiento se establecerá reglamentariamente, pudiendo crearse comisiones de acuerdo con lo que disponga su Reglamento de Régimen Interior.

Artículo 11. El Consejo de Coordinación Interdepartamental en materia de Turismo.

1. El Consejo de Coordinación Interdepartamental en materia de Turismo es el órgano de coordinación y consulta interna de la Administración de la Junta de Andalucía.

2. Dicho Consejo actuará bajo la presidencia del titular de la Consejería competente en materia turística y en el mismo estarán representadas, al menos, las distintas Consejerías cuyas materias tengan relación directa o indirecta con la actividad turística. Su composición y competencias se determinarán reglamentariamente.

Artículo 12. Oficina de la Calidad del Turismo.

1. Se crea la Oficina de la Calidad del Turismo como órgano de titularidad pública que, contando con la participación de los agentes económicos y sociales y representantes de los consumidores y usuarios, tiene por finalidad velar por la efectividad y garantías de los derechos que la presente Ley reconoce a los turistas y garantizar la calidad de los servicios turísticos que se presten en Andalucía.

2. Tendrá como funciones principales:

- a) Analizar toda la información de interés relacionada con la prestación de servicios turísticos.

- b) Velar por la calidad de los servicios turísticos que se presten en Andalucía; a tal efecto realizará estudios y formulará propuestas a la Consejería competente en materia turística sobre los criterios para otorgar distintivos a aquellos servicios o establecimientos turísticos que lo merezcan por su especial calidad, todo ello de acuerdo con los requisitos que se determinen reglamentariamente.
- c) Investigar y analizar los aspectos económicos, sociales, laborales o de otra índole que puedan incidir en la calidad del turismo, potenciando dicha investigación por parte de otras Administraciones y entidades.

Artículo 13. La Escuela Oficial de Turismo.

1. La Escuela Oficial de Turismo es el órgano que ejerce las competencias de la Consejería en materia de fomento, coordinación, colaboración y estudio de la formación en materia turística.

2. La organización y régimen de funcionamiento de la Escuela Oficial de Turismo se regirán por las correspondientes normas reglamentarias.

TÍTULO III DE LA ORDENACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS RECURSOS TURÍSTICOS

CAPÍTULO I Objetivos generales

Artículo 14. Objetivos generales.

1. Con carácter general, las Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, estimularán la mejora de la calidad y de la competitividad de la oferta turística andaluza

respetando el entorno natural y cultural, en particular mediante las acciones siguientes:

- a) El estímulo a la creación de infraestructuras técnicas y de servicios que faciliten y promuevan un desarrollo empresarial eficiente en el sector.
- b) El apoyo a la realización de estudios relativos a diagnósticos de competitividad, planes estratégicos y destinos turísticos andaluces.
- c) El fomento de la modernización de establecimientos, en cuanto implique renovación de las instalaciones, adquisición de nuevos equipamientos o actualización de sistemas obsoletos.
- d) El apoyo a la mejora de la calidad de los establecimientos turísticos y a la formación de los profesionales del sector.
- e) El fomento de un mejor escalonamiento estacional del turismo para la adecuada utilización de las infraestructuras e instalaciones turísticas fuera de temporada.
- f) El apoyo al desarrollo de programas de actividades de promoción, creación y comercialización de productos turísticos de interés para Andalucía.
- g) El fomento de la rehabilitación de edificios de interés arquitectónico con destino a infraestructuras turísticas.

2. Asimismo, las Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, promocionarán el turismo de sectores específicos, tanto fuera como dentro de Andalucía.

CAPÍTULO II De la ordenación de los recursos turísticos

Artículo 15. Plan General del Turismo.

1. La ordenación de los recursos turísticos de

Andalucía se realizará a través del Plan General del Turismo, el cual determinará las principales necesidades, objetivos, prioridades y programas de acción y definirá el modelo y la estrategia de desarrollo turístico de la Comunidad Autónoma, así como el fomento de los recursos turísticos de Andalucía.

2. El Plan podrá establecer, oído el Consejo Andaluz del Turismo, Zonas de Preferente Actuación Turística, Programas de Recualificación de Destinos y Programas de Turismos Específicos.

3. La Consejería competente en materia turística elaborará el Plan General del Turismo, el cual será informado por el Consejo Andaluz del Turismo.

4. Corresponde al Consejo de Gobierno la aprobación del Plan General del Turismo, remitiéndolo al Parlamento de Andalucía para su conocimiento.

5. En el seguimiento del Plan General del Turismo intervendrá también el Consejo Andaluz del Turismo para supervisar su desarrollo y el cumplimiento de sus planteamientos y objetivos.

Artículo 16. Zonas de Preferente Actuación Turística.

1. Aquellas comarcas y áreas territoriales en que se den situaciones o perspectivas que demanden una específica acción ordenadora o de fomento podrán ser declaradas Zonas de Preferente Actuación Turística.

2. La declaración de Zona de Preferente Actuación Turística se llevará a cabo mediante Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

3. Para que una comarca o área territorial pueda ser declarada de preferente actuación turística requerirá:

a) Que concurren las condiciones para per-

mitir la ejecución de una política turística común.

b) Que disponga de recursos turísticos básicos suficientes.

c) Que disponga del equipamiento turístico necesario o de suelo previsto en el planeamiento urbanístico para dotación de equipamientos turísticos en la extensión adecuada.

d) Que no exista otro uso incompatible con el turismo cuyo interés público sea preferente.

4. El procedimiento para la declaración podrá iniciarse a solicitud del municipio o municipios interesados, mediante acuerdo de las respectivas Corporaciones, o de oficio por la Consejería competente en materia turística, en cuyo caso se dará audiencia a los Municipios o Diputaciones afectados.

5. La declaración de Zona de Preferente Actuación Turística dará lugar a la elaboración de un Plan de Actuación Turística Integrada, que se formalizará a través de un convenio a suscribir entre la Consejería competente en materia turística, las Entidades Locales interesadas, así como, en su caso, otras Administraciones, asociaciones u organismos. El Plan de Actuación Turística Integrada tendrá como contenido mínimo:

a) El inventario y valoración de los recursos turísticos, con indicación de las condiciones óptimas de uso y medidas de protección de los mismos.

b) La concreción de los usos turísticos, entre los previstos por el planeamiento urbanístico, teniendo en cuenta la potencialidad de los recursos turísticos y las características medioambientales de los distintos ámbitos de la Zona de Preferente Actuación Turística.

- c) La oferta turística básica y complementaria y la estimación cuantitativa y cualitativa de dicha oferta, en función de las previsiones sobre la demanda y sus características socioeconómicas.
 - d) Las previsiones para acomodar la ejecución del Plan a las exigencias reales de la demanda en cada momento.
 - e) Sin perjuicio de otros programas derivados del Plan de Actuación Integral, se incluirá un Programa de Promoción y Comercialización Turística, enmarcado en la política global de promoción y comercialización turística de la Administración de la Junta de Andalucía.
6. En su caso, y cuando así lo haga aconsejable la diversidad de los recursos turísticos existentes o la conveniencia de proceder a una ordenación integral de la Zona de Preferente Actuación Turística, se procederá a la formulación de un Plan de Ordenación del Territorio de ámbito subregional.

Artículo 17.
Programas de Recualificación de Destinos.

1. Aquellas comarcas y áreas territoriales que se vean afectadas por desequilibrios estructurales derivados del rápido crecimiento, de la fragilidad territorial o que soporten un nivel excesivo de densidad turística, podrán ser objeto de Programas de Recualificación de Destinos, con criterios de recuperación ambiental, de mejora de la calidad, de dotación de infraestructuras y aquellos otros criterios orientados a establecer el equilibrio estructural.

2. La aprobación de los Programas de Recualificación de Destinos se realizará mediante Decreto de Consejo de Gobierno de la Junta

de Andalucía a propuesta de la Consejería competente en materia turística, previo acuerdo con los Municipios y/o Diputaciones afectados.

Artículo 18.
Programas de Turismos Específicos.

1. La Consejería competente en materia turística podrá, previa audiencia de las Administraciones y sectores afectados, elaborar y aprobar programas encaminados al desarrollo, mantenimiento y mejor aprovechamiento de sectores específicos.

2. El ámbito territorial de los Programas de Turismos Específicos puede ser autonómico o subregional.

CAPÍTULO III
De la promoción de los recursos turísticos

Artículo 19. Andalucía como destino turístico integral.

1. A los efectos de esta Ley, y por razones de eficacia promocional, Andalucía en su conjunto se considera como destino turístico integral, con tratamiento unitario en su promoción fuera de su territorio y previo acuerdo de las distintas Administraciones implicadas, Comunidad Autónoma, Ayuntamientos y Diputaciones, en la consecución de la integralidad turística.

2. La Consejería competente en materia turística programará y ejecutará campañas de promoción para fomentar y mantener la imagen de calidad de Andalucía como destino turístico en los mercados que lo requieran. La promoción de esta imagen de calidad deberá integrar la diversidad de destinos turísticos de Andalucía.

3. Las Entidades Locales, así como las empresas privadas que, con fondos públicos,

organicen campañas de promoción turística fuera de Andalucía deberán incluir el nombre de «Andalucía» y, en su caso, acompañar el logotipo y eslogan turístico que, previo informe del Consejo Andaluz de Municipios o del Consejo Andaluz de Provincias, según corresponda, determine la Consejería, debiendo coordinarse con ésta a los efectos del programa de promoción exterior.

4. La Consejería competente en materia turística, de acuerdo con los Municipios y/o Diputaciones afectados, podrá aprobar denominaciones geoturísticas, al objeto de delimitar la extensión de aquellas zonas, áreas, localidades, términos municipales o comarcas de cuyo nombre se realice promoción turística pública o privada, así como aprobar medidas especiales para la promoción y el aprovechamiento de sus recursos turísticos, oído el Consejo Andaluz del Turismo.

Artículo 20. Declaraciones de interés turístico nacional de Andalucía.

La Consejería competente en materia turística podrá declarar de interés turístico nacional de Andalucía a aquellas fiestas, acontecimientos, rutas y publicaciones que supongan una manifestación y desarrollo de los valores propios y de tradición popular y que tengan una especial importancia como atractivo turístico.

La duración de la declaración tendrá carácter indefinido, pudiendo ser revocada si se estimase que han dejado de concurrir las circunstancias que motivaron la declaración, previa audiencia del interesado.

Artículo 21. Incentivos a la calidad.

La Consejería competente en materia turística podrá crear y otorgar distintivos de calidad, así como conceder medallas, premios y galardones en reconocimiento y estímulo a las actuaciones a favor del turismo, mediante la correspondiente regulación que objetive los criterios y procedimientos.

Artículo 22.

Red de Oficinas de Turismo.

1. Se consideran oficinas de turismo aquellas dependencias abiertas al público que, con carácter habitual, facilitan al usuario orientación, asistencia e información turística.

2. A tales efectos, se crea la Red de Oficinas de Turismo, en la que se integrarán aquellas cuya titularidad ostente la Administración de la Junta de Andalucía; con carácter potestativo se integrarán las oficinas de turismo de otras Administraciones Públicas y las creadas a instancia de otras entidades.

3. Con el fin de potenciar la imagen turística de Andalucía, las oficinas de turismo integradas en la Red prestarán las actividades comunes y se ajustarán a los servicios que se determinen reglamentariamente. Para su adecuada identificación, la Consejería competente en materia de turismo establecerá un distintivo o placa oficial que las haga reconocibles como actividad turística registrada.

4. Para que las oficinas de turismo ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía puedan recibir subvenciones, ayudas o colaboración técnica y material, será obligatoria su previa integración en la Red de Oficinas de Turismo.

TÍTULO IV

DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE TURISMO

CAPÍTULO I

De los usuarios de servicios turísticos

Artículo 23. Derechos del usuario de servicios turísticos.

1. A los efectos de esta Ley y sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones que sean aplicables, el usuario de servicios turísticos tiene derecho a:

a) Recibir información veraz, completa y

- previa a la contratación sobre los bienes y servicios que se le oferten.
- b) Obtener de la otra parte contratante los documentos que acrediten los términos de su contratación.
 - c) Recibir el bien o servicio contratado de acuerdo con las características anunciadas y, en todo caso, que la naturaleza y calidad guarde proporción directa con la categoría de la empresa o establecimiento turístico.
 - d) Tener garantizada en el establecimiento su seguridad y la de sus bienes en los términos establecidos en la legislación vigente.
- Sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la presente Ley y en las demás normativas turísticas, los titulares de los establecimientos turísticos deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que el usuario turístico esté informado inequívocamente de las instalaciones o servicios que supongan algún riesgo y de las medidas de seguridad adoptadas.
- e) Tener garantizadas en el establecimiento su tranquilidad y su intimidad.
 - f) Recibir factura o tique del precio abonado por el servicio turístico prestado.
 - g) Exigir que, en lugar de fácil visibilidad, se exhiba públicamente, conforme a lo establecido en la normativa correspondiente, el distintivo acreditativo de la clasificación, aforo y cualquier otra variable de la actividad, así como los símbolos de calidad normalizada.
 - h) Formular quejas y reclamaciones y, a tal efecto, exigir que le sea entregada la hoja oficial en el momento de plantear su reclamación.
 - i) Recibir de la Administración competente información objetiva sobre los distintos aspectos de los recursos y de la oferta turística de Andalucía.

2. En ningún caso el acceso a los establecimientos turísticos podrá ser restringido por razones de discapacidad, raza, lugar de procedencia, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Artículo 24. Obligaciones del usuario de servicios turísticos.

A los efectos de esta Ley, y sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones que sean aplicables, el usuario de servicios turísticos tiene obligación de:

- a) Observar las reglas de convivencia e higiene dictadas para la adecuada utilización de los establecimientos turísticos.
- b) Respetar los reglamentos de uso o régimen interior de los establecimientos turísticos, siempre que éstos no sean contrarios a la presente Ley o a las disposiciones que la desarrollen, y se encuentren debidamente aprobados y diligenciados por la Administración.
- c) Pagar el precio de los servicios contratados en el momento de la presentación de la factura o en el plazo pactado, sin que, en ningún caso, el hecho de presentar una reclamación exima de las obligaciones de pago.
- d) Respetar los establecimientos, instalaciones y propiedades de las empresas turísticas que utilicen o frecuenten.
- e) Respetar el entorno medioambiental de Andalucía.

CAPÍTULO II

De las empresas turísticas

Artículo 25. Derechos de las empresas turísticas.

A los efectos de esta Ley y sin perjuicio de lo previsto en otras disposiciones que sean de apli

cación, son derechos de las empresas turísticas los siguientes:

- a) A que se incluya información sobre instalaciones y características de su oferta específica en los catálogos, directorios, guías y sistemas informáticos de la Administración turística destinados a tal fin.
- b) Al acceso a las acciones de promoción turística que le resulten apropiadas realizadas por la Administración turística.
- c) A solicitar subvenciones, ayudas y programas de fomento que reglamentariamente se establezcan.
- d) A obtener de la Administración turística, en los supuestos establecidos en la presente Ley, las autorizaciones y clasificaciones preceptivas para el ejercicio de su actividad.

Artículo 26. Obligaciones de las empresas turísticas.

1. Los titulares de establecimientos turísticos no deberán contratar plazas que no puedan atender en las condiciones pactadas. En caso contrario, incurrirán en responsabilidad frente a la Administración y a los usuarios, que será objeto del procedimiento sancionador que se instruya al efecto.

2. Los titulares de los establecimientos turísticos que hayan incurrido en sobrecontratación estarán obligados a proporcionar alojamiento a los usuarios afectados en otro establecimiento de la misma zona, de igual o superior categoría y en similares condiciones a las pactadas.

Los gastos de desplazamiento hasta el establecimiento definitivo de alojamiento, la diferencia de precio respecto del nuevo, si la hubiere, y cualesquiera otro que se originen hasta el

comienzo del alojamiento, serán sufragados por el establecimiento sobrecontratado, sin perjuicio de que éste, en su caso, pueda repercutir tales gastos a la empresa causante de la sobrecontratación. En el supuesto de que el importe del nuevo alojamiento sea inferior al del sobrecontratado, el titular de éste devolverá la diferencia al usuario.

Las eventuales responsabilidades de los operadores turísticos en esta materia serán depuradas en el procedimiento sancionador que se instruya al efecto.

3. Asimismo, serán obligaciones de las empresas turísticas las siguientes:

- a) Anunciar o informar a los usuarios, previamente, sobre las condiciones de prestación de los servicios y de su precio.
- b) Facilitar los bienes y servicios con la máxima calidad en los términos contratados, de acuerdo con la categoría del establecimiento, en su caso, y con lo dispuesto en las reglamentaciones correspondientes.
- c) Dar la máxima publicidad a los precios de todos los servicios.
- d) Facturar los servicios de acuerdo con los precios establecidos.
- e) Cuidar del buen funcionamiento y mantenimiento de todas las instalaciones y servicios del establecimiento.
- f) Cuidar del buen trato dado a los clientes, por parte del personal de la empresa.
- g) Facilitar al cliente, cuando lo solicite, la documentación preceptiva para formular reclamaciones
- h) Facilitar a la Administración la información y documentación preceptiva para el correcto ejercicio de las atribuciones que legal y reglamentariamente le correspondan.

TÍTULO V DE LA ORDENACIÓN DE LA OFERTA TURÍSTICA

CAPÍTULO I De los servicios y establecimientos turísticos en general

Sección 1ª De los servicios turísticos

Artículo 27. Tipos de servicios turísticos.

1. Tienen la consideración de servicios turísticos la prestación del:

- a) Servicio de alojamiento, cuando se facilite hospedaje o estancia a los usuarios de servicios turísticos, con o sin prestación de otros servicios complementarios.
- b) Servicio de restauración, cuando se proporcione comida para ser consumida en el mismo establecimiento o en instalaciones ajenas.
- c) Servicio de intermediación en la prestación de cualesquiera servicios turísticos susceptibles de ser demandados por los usuarios de servicios turísticos.
- d) Servicio de información, cuando se facilite información a los usuarios de servicios turísticos sobre los recursos turísticos, con o sin prestación de otros servicios complementarios.
- e) Servicio de acogida de eventos congresuales, convenciones o similares.

2. A los efectos de serles de aplicación la presente Ley y sus normas de desarrollo, reglamentariamente podrá reconocerse carácter turístico a cualesquiera otros servicios distintos de los señalados en el apartado anterior y que sean susceptibles de integrar la actividad turística.

Artículo 28. Libertad de prestación de los servicios turísticos.

1. La prestación de servicios turísticos es libre, sin más limitaciones que las derivadas del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que sean de aplicación.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, quienes se dediquen en nombre propio y de manera habitual y remunerada a la prestación de algún servicio turístico deberán estar inscritos en el Registro de Turismo de Andalucía, así como, en su caso, hallarse en posesión de las correspondientes licencias o autorizaciones otorgadas por la Administración competente. La habitualidad se presumirá respecto de quienes ofrezcan la prestación de servicios turísticos a través de cualquier medio publicitario o cuando se preste el servicio en una o varias ocasiones dentro del mismo año por tiempo que, en conjunto, exceda de un mes, salvo que reglamentariamente se determine otro para determinados servicios turísticos, en razón de las peculiaridades de los mismos.

3. La publicidad por cualquier medio de difusión o la efectiva prestación de servicios turísticos sujetos a la obtención de previa inscripción o autorización administrativa sin estar en posesión de las mismas, se considerará actividad clandestina.

Artículo 29. Signos distintivos y publicidad de los servicios turísticos.

1. En toda la publicidad, anuncios, documentación, correspondencia, tarifas de precios y facturas, las empresas turísticas y los sujetos no empresariales que presten servicios turísticos deberán hacer constar, de manera legible e inteligible, el grupo y categoría del establecimiento turístico, con los símbolos acreditativos que

reglamentariamente se determinen, así como todo lo dispuesto en la normativa vigente.

2. A estos efectos, los términos "turismo" y conceptos relacionados sólo podrán utilizarse de acuerdo con su normativa específica y, en su defecto, con autorización expresa de la Administración turística.

Artículo 30. Precios de los servicios turísticos.

1. Los precios de los servicios turísticos son libres.

2. Las tarifas de precios, que estarán siempre a disposición de los usuarios, serán expuestas en lugar visible de los establecimientos turísticos.

3. Las tarifas de precios, así como las facturas correspondientes a los servicios turísticos efectivamente prestados o contratados, deberán estar desglosadas por conceptos y redactadas, en todo caso, en castellano.

Sección 2ª

De los establecimientos turísticos

Artículo 31. Clasificación administrativa de los establecimientos turísticos.

1. En los términos que reglamentariamente se determinen, los establecimientos turísticos serán clasificados por grupos y categorías, atendiendo, entre otras, a las características de sus instalaciones y de los servicios ofrecidos.

2. Excepcionalmente, mediante resolución motivada y previo informe técnico, la Consejería podrá dispensar del cumplimiento de algunos de los requisitos exigidos para otorgar una determinada clasificación a un establecimiento turístico.

3. La clasificación se mantendrá en vigor mientras subsistan las circunstancias existentes al

otorgarla; si éstas se modifican, la Consejería competente en materia turística podrá revisarla, de oficio o a instancia de parte interesada, mediante la tramitación del correspondiente expediente, en el que se dará audiencia al titular del establecimiento.

4. Cuando los requisitos exigidos para su otorgamiento sean modificados como consecuencia de cambios normativos, los titulares de los establecimientos turísticos gozarán de un plazo de adaptación para el mantenimiento de su clasificación; si los titulares no efectuaran la adaptación, la Consejería otorgaría la procedente.

5. En los establecimientos turísticos se exhibirá, en lugar visible desde el exterior del mismo, el símbolo acreditativo de su clasificación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Artículo 32. Requisitos de infraestructura, seguridad y medio ambiente de los establecimientos turísticos.

1. Los establecimientos turísticos deberán cumplir los requisitos mínimos de infraestructura que determine la Consejería competente en materia turística, los establecidos en materia de seguridad, los relativos al medio ambiente, así como los exigidos por la normativa que les sea aplicable.

Los municipios exigirán el cumplimiento de dicha normativa al tramitar las correspondientes licencias.

2. En todo caso, los establecimientos turísticos deberán cumplir las normas vigentes sobre accesibilidad a los mismos de personas que sufran discapacidades.

3. Las instalaciones de los establecimientos turísticos se deberán conservar en adecuado

estado, manteniendo los requisitos mínimos exigidos para su apertura y funcionamiento.

4. Los municipios o, en su caso, la Consejería competente en materia turística podrán, en cualquier momento, requerir de los titulares de los establecimientos turísticos la ejecución de las obras de conservación y mejora conforme a la normativa que les sea aplicable.

Artículo 33. Acceso y permanencia en los establecimientos turísticos.

1. Los establecimientos turísticos recogidos en la presente Ley serán considerados como establecimientos públicos, siendo libre el acceso a los mismos.

2. Los titulares de los establecimientos turísticos podrán recabar el auxilio de los agentes de la autoridad para expulsar de los mismos a los usuarios que incumplan los reglamentos de uso o de régimen interior o que pretendan acceder o permanecer en los mismos con una finalidad diferente al normal uso del servicio.

CAPÍTULO II

Del Registro de Turismo de Andalucía

Artículo 34. Objeto del Registro de Turismo de Andalucía.

1. El Registro de Turismo de Andalucía tendrá por objeto la inscripción de:

- a) Los establecimientos de alojamiento turístico.
- b) Los establecimientos de restauración turística.
- c) Las empresas de intermediación turística.
- d) Los guías de turismo.
- e) Las asociaciones, fundaciones y entes cuya finalidad esencial sea el fomento del turismo.

f) Las oficinas de turismo, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

g) Los palacios de congresos de Andalucía.

h) La oferta complementaria de ocio que reglamentariamente se determine.

i) Cualquier otro establecimiento o sujeto cuando, por su relación con el turismo, se determine reglamentariamente.

2. Con carácter previo al ejercicio de la actividad, los titulares de las viviendas turísticas deberán comunicarlo al Registro de Turismo de Andalucía.

3. El Registro de Turismo de Andalucía tendrá naturaleza administrativa y carácter público y gratuito.

4. Reglamentariamente se determinarán sus normas de organización y funcionamiento.

Artículo 35. Carácter obligatorio y efectos de la inscripción.

1. Será obligatoria la inscripción registral de todos los sujetos y establecimientos turísticos a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, aunque no concurra en aquéllos la condición de empresarios o la prestación de los servicios turísticos no se realice en establecimientos permanentemente abiertos al público.

2. La inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía será requisito indispensable para el inicio de la prestación de los servicios turísticos. Igualmente, será requisito imprescindible para poder acceder a las ayudas y subvenciones que conceda la Consejería competente en materia turística.

3. La falta de inscripción registral de los sujetos y establecimientos a que se refiere el apartado primero será suficiente para la calificación como clandestina de la prestación del servicio turístico de que se trate.

CAPÍTULO III

De los establecimientos y servicios turísticos en particular

Sección 1ª

De los establecimientos de alojamiento turístico

Artículo 36. Tipos de establecimientos de alojamiento turístico.

1. Los establecimientos de alojamiento turístico pueden ser de los siguientes tipos:

- a) Establecimientos hoteleros.
- b) Apartamentos turísticos.
- c) Inmuebles de uso turístico en régimen de aprovechamiento por turno.
- d) Campamentos de turismo o campings.
- e) Casas rurales.
- f) Balnearios.

2. Los establecimientos destinados a la prestación del servicio de alojamiento turístico podrán obtener de la Consejería competente en materia turística, en los términos que reglamentariamente se determinen, el reconocimiento de su especialización atendiendo a sus características arquitectónicas, a las características de los servicios prestados y a la tipología de la demanda.

3. Los establecimientos destinados a la prestación del servicio de alojamiento turístico deberán cumplir los requisitos de instalaciones, mobiliario y servicios que reglamentariamente se determine, en función del tipo, grupo, categoría y especialidad a que pertenezcan.

4. Reglamentariamente se determinarán los requisitos exigibles para que, en cualesquiera otros establecimientos distintos de los mencionados en el apartado primero, pueda prestarse el servicio de alojamiento turístico.

Artículo 37. Clasificación por grupos de los establecimientos hoteleros.

1. Los establecimientos hoteleros se clasifican en cuatro grupos:

- a) *Hoteles*. Son aquellos establecimientos destinados a la prestación del servicio de alojamiento turístico, con o sin servicios complementarios, y que, ocupando la totalidad o parte independiente de un edificio o un conjunto de edificios, disponen de entradas propias y, en su caso, ascensores y escaleras de uso exclusivo, cumpliendo, además, los restantes requisitos que reglamentariamente se determinen.
- b) *Hostales*. Son aquellos establecimientos que ofrecen alojamiento, con o sin otros servicios de carácter complementario, y que, tanto por la dimensión del establecimiento, como por la estructura, tipología o características de los servicios que ofrecen, reglamentariamente se les exceptúan de determinados requisitos exigidos a los hoteles.
- c) *Pensiones*. Son aquellos establecimientos que ofrecen alojamiento, con o sin otros servicios de carácter complementario, y que, tanto por la dimensión del establecimiento, como por la estructura, tipología o características de los servicios que ofrecen, reglamentariamente se les exceptúe de determinados requisitos exigidos a los hostales.
- d) *Hoteles-apartamentos*. Son aquellos establecimientos que, reuniendo los requisitos exigidos a los hoteles, cuentan, además, con las instalaciones adecuadas para la conservación, elaboración y consumo de alimentos y bebidas dentro de cada uni-

dad de alojamiento, en los términos que reglamentariamente se determinen.

2. Reglamentariamente se podrán crear otros grupos de establecimientos hoteleros en función de parámetros como la calidad de las instalaciones y de los servicios ofertados.

Artículo 38. Apartamentos turísticos.

1. Son apartamentos turísticos los establecimientos destinados a prestar el servicio de alojamiento turístico que estén compuestos por un conjunto de unidades de alojamiento y que sean objeto de comercialización en común por un mismo titular.

2. Las unidades de alojamiento podrán ser apartamentos propiamente dichos, villas, chalets, bungalós o inmuebles análogos.

3. En los términos que reglamentariamente se determinen, los apartamentos estarán dispuestos para su inmediata ocupación por el usuario turístico y contarán con el mobiliario e instalaciones adecuadas para la conservación, elaboración y consumo de alimentos y bebidas dentro de cada unidad de alojamiento.

Artículo 39. Inmuebles de uso turístico en régimen de aprovechamiento por turno.

1. Son inmuebles de uso turístico en régimen de aprovechamiento por turno aquellos establecimientos destinados a prestar servicio de alojamiento mediante la atribución a los usuarios turísticos de un derecho, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que les faculte para ocuparlos, sucesivamente y con carácter exclusivo, durante un período determinado o determinable de cada año.

2. Los inmuebles de uso turístico en régimen de aprovechamiento por turno quedan sometidos

a las prescripciones de esta Ley y a su legislación específica.

Artículo 40. Campamentos de turismo o campings.

1. Son campamentos de turismo o campings aquellos establecimientos turísticos que, ocupando un espacio de terreno debidamente delimitado, dotado y acondicionado, se destinan a facilitar a los usuarios turísticos un lugar adecuado para hacer vida al aire libre, durante un período de tiempo limitado, utilizando albergues móviles, tiendas de campaña u otros elementos análogos fácilmente transportables o desmontables.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y previa autorización de la Consejería competente en materia turística, en los campamentos de turismo podrán construirse elementos fijos destinados a alojamiento, tipo bungaló, siempre que la superficie que ocupen no supere el límite establecido reglamentariamente y sean explotados por el mismo titular que el del campamento.

3. Asimismo, podrán construirse elementos fijos, de planta baja únicamente, que tengan por objeto satisfacer necesidades colectivas de los acampados, tales como recepción, supermercado, restaurante o bar, bloques de servicios higiénicos y oficinas y las dedicadas exclusivamente al personal de servicio. Este tipo de construcciones no podrá exceder del porcentaje de la superficie total del campamento que reglamentariamente se determine.

4. Quedan excluidos de la presente Ley los albergues y campamentos juveniles, los centros y colonias escolares y, en general, cualesquiera establecimientos similares a los anteriores en los que la prestación del servicio de alojamiento turístico se realice de manera ocasional y sin ánimo de lucro.

Artículo 41. Casas rurales.

1. Son casas rurales aquellas edificaciones situadas en el medio rural que, por sus especiales características de construcción, ubicación y tipicidad, prestan servicios de alojamiento, con otros servicios complementarios, y que hayan sido declaradas como tales por la Administración turística.

2. Reglamentariamente se determinarán los requisitos que deberán reunir las casas rurales y los criterios de clasificación de las mismas atendiendo, entre otras circunstancias, a su ubicación y características, así como a la oferta de servicios complementarios.

Artículo 42. Balnearios.

1. Son balnearios los centros sanitarios que utilizan con fines terapéuticos aguas mineromedicinales, tratamientos termales u otros medios físicos naturales.

2. Estos establecimientos se someterán a las disposiciones de la presente Ley en todo lo relativo al ejercicio de actividades turísticas en dichas instalaciones.

Sección 2ª De las viviendas turísticas

Artículo 43. Viviendas turísticas vacacionales.

1. Son viviendas turísticas vacacionales aquellas en las que se presta únicamente el servicio de alojamiento y que son ofertadas al público para su utilización temporal o estacional o son ocupadas ocasionalmente, con fines turísticos, una o más veces a lo largo del año.

2. En todo caso, se referirá sólo al alojamiento en piso completo o vivienda unifamiliar y no por habitaciones.

Artículo 44. Viviendas turísticas de alojamiento rural.

Son viviendas turísticas de alojamiento rural aquellas que cumplan con las especiales características definidas para las casas rurales, siempre que en ellas no se preste ningún servicio distinto del alojamiento.

Artículo 45. Condiciones de utilización.

Las viviendas turísticas deberán estar amuebladas y disponer de los enseres necesarios para su inmediata utilización. Reglamentariamente se determinarán los requisitos mínimos que éstas deben cumplir.

Sección 3ª De los establecimientos de restauración

Artículo 46. Clases de establecimientos de restauración turística.

1. Se consideran establecimientos turísticos de restauración aquellos que, reuniendo los requisitos que reglamentariamente se determinen, sean destinados por su titular, mediante oferta al público, a proporcionar comidas y bebidas consumibles en sus propias dependencias.

2. Los establecimientos de restauración turística se dividen en restaurantes, cafeterías y aquellos bares que, por sus especiales características, reglamentariamente se establezcan.

3. Pertenecen al grupo de restaurantes aquellos establecimientos destinados a la prestación de servicios de restauración turística en los que, reuniéndose los demás requisitos que reglamentariamente se determinen, el consumo de comidas se realiza en horarios determinados y, preferentemente, en zonas de comedor independientes.

4. Pertenecen al grupo de cafeterías aquellos establecimientos destinados a la prestación de servicios de restauración turística en los que, reuniéndose los demás requisitos que reglamentariamente se señalen, ofrezcan servicios de café o bar, pudiendo también servir platos simples o combinados.

5. Reglamentariamente podrán determinarse los requisitos que deberán reunir para ser considerados como turísticos cualesquiera otros establecimientos, distintos de los mencionados en los apartados anteriores, dedicados a la prestación de servicios de restauración.

6. No tendrán la consideración de establecimientos de restauración turística:

a) Los comedores universitarios, escolares, de empresas y cualesquiera otros en los que se sirva comida a colectivos particulares, excluyendo al público en general.

b) Los comedores de los establecimientos turísticos de alojamiento en los que se sirva comida sólo y exclusivamente a quienes se encuentren alojados en ellos.

7. Reglamentariamente se determinarán las categorías de los establecimientos de restauración turística, atendiendo a las características y calidad de sus instalaciones y de sus servicios.

Sección 4ª

De la intermediación turística

Artículo 47. Clases de empresas de intermediación turística.

1. Se consideran empresas de intermediación turística aquellas que, reuniendo los requisitos que reglamentariamente se determinen, se dediquen a intermediar en la actividad turística.

2. Las empresas de intermediación turística se dividen en agencias de viaje, centrales de

reserva y aquellas otras que se determinen reglamentariamente.

3. Pertenecen al grupo de agencias de viaje las personas físicas o jurídicas que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican a la intermediación en la prestación de cualesquiera servicios turísticos, así como a la organización y/o comercialización de viajes combinados u otros servicios turísticos de intermediación.

La condición legal y la denominación de agencia de viajes queda reservada exclusivamente a las personas a que se refiere el párrafo anterior.

4. Pertenecen al grupo de centrales de reserva quienes se dedican a la intermediación en la prestación de cualesquiera servicios turísticos, sin que, en ningún caso, puedan percibir de los usuarios turísticos contraprestación económica por su intermediación.

5. Reglamentariamente se determinarán los requisitos exigidos a las empresas de intermediación turística.

Sección 5ª

De la información turística

Artículo 48. Requisitos para la prestación del servicio de información turística.

1. El servicio de información turística es libre, con sujeción, en todo caso, al cumplimiento de lo previsto en esta Ley y demás normativa aplicable.

2. En los viajes colectivos organizados por agencias de viajes, éstas deberán poner a disposición de los turistas un servicio de acompañamiento para su orientación y asistencia; reglamentariamente se determinarán sus condiciones y requisitos exigibles.

Artículo 49. Guías de turismo.

1. Se considera actividad propia de los guías de turismo la prestación, de manera habitual y retribuida, de servicios de información turística a quienes realicen visitas a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, para desarrollar la actividad propia de los guías de turismo será preciso hallarse en posesión de la correspondiente autorización administrativa, expedida conforme a los términos reglamentariamente establecidos.

Sección 6ª

De los palacios de congresos

Artículo 50. De los palacios de congresos.

1. Los palacios de congresos realizarán todas aquellas actividades propias para la acogida y celebración de congresos, convenciones, ferias, incentivos y cualquier otro acontecimiento similar.

2. Reglamentariamente, se establecerá la tipología administrativa y el régimen jurídico de los mismos. Sus órganos de gobierno y representación se determinarán en sus estatutos.

TÍTULO VI DE LA INSPECCIÓN TURÍSTICA

Artículo 51.

Funciones de la Inspección turística.

La Inspección en materia de turismo tendrá las funciones siguientes:

- a) La comprobación y control del cumplimiento de la normativa vigente en materia de turismo, especialmente la persecución de las actividades clandestinas.

La Inspección podrá requerir la subsanación de las deficiencias apreciadas y, en su caso, proponer el inicio de los procedimientos sancionadores que procedan.

- b) La emisión de los informes técnicos que solicite la Administración turística, en particular en casos de clasificación de establecimientos turísticos, funcionamiento de empresas y seguimiento de la ejecución de inversiones subvencionadas.
- c) Aquellas otras que, en función de su naturaleza, le encomiende el titular de la Consejería competente en materia turística.

Artículo 52.

Los servicios de Inspección turística.

1. Las funciones inspectoras en la Comunidad Autónoma de Andalucía serán ejercidas por la Consejería competente en materia turística, a la que se adscriben los correspondientes servicios de Inspección, que tendrán la composición que se determine reglamentariamente.

2. Los funcionarios de los servicios de Inspección de la Junta de Andalucía, o de la Corporación Local que actúe por delegación, en el ejercicio de su cometido en materia turística tendrán la consideración de agentes de la autoridad, disfrutando como tales de la protección y facultades que a éstos les dispensa la normativa vigente. A estos efectos, el personal técnico de los servicios de Inspección de turismo estará dotado de la correspondiente acreditación, que deberá exhibir en el ejercicio de sus funciones.

3. El personal de los servicios de Inspección de turismo está obligado a cumplir el deber de secreto profesional. El incumplimiento de esta obligación será sancionado conforme a las dis-

posiciones vigentes en la materia. Asimismo, los funcionarios de la Inspección gozarán de independencia en el desarrollo de las funciones inspectoras, actuando de acuerdo con las previsiones de los planes de inspección y las instrucciones de sus superiores jerárquicos.

4. En el ejercicio de sus funciones, el personal inspector debe observar el respeto y la consideración debidos a los interesados y a los usuarios, informándoles, cuando así sean requeridos, de sus derechos y deberes, a fin de facilitar su adecuado cumplimiento.

**Artículo 53.
Deberes de colaboración.**

1. Los servicios de Inspección, además de solicitar documentación e información directamente relacionada con el cumplimiento de sus funciones, podrán recabar la cooperación de los servicios de Inspección dependientes de otras Consejerías y Administraciones Públicas en los términos previstos legalmente. En particular, podrán recabar la cooperación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en los términos y por las vías previstos en la normativa vigente.

2. La Consejería competente en materia turística vendrá obligada a comunicar a las Consejerías, Organismos Autónomos y Administraciones Públicas correspondientes aquellas deficiencias detectadas en el ejercicio de su función por el personal del servicio de Inspección de turismo que, pudiendo constituir infracciones, incidan en el ámbito competencial de aquéllas.

Artículo 54. Obligaciones de los administrados.

1. Los titulares de las empresas y actividades turísticas, sus representantes legales o, en su

defecto, personas debidamente autorizadas están obligados a facilitar a los funcionarios de los servicios de Inspección, en el ejercicio de sus funciones, el acceso a las dependencias e instalaciones y el examen de documentos, libros y registros directamente relacionados con la actividad turística, así como a facilitar la obtención de copias o reproducciones de la documentación anterior.

2. Si no estuviesen presentes las personas referidas en el apartado anterior, el inspector dejará a la persona que esté presente un requerimiento, indicando el plazo en que procederá a realizar la inspección, nunca inferior a veinticuatro horas, la cual habrá de ser facilitada por cualquier persona relacionada con el establecimiento presente en ese momento.

3. De no poderse aportar en el momento de la inspección los documentos requeridos o necesitar éstos de un examen detenido, los inspectores podrán conceder un plazo para la entrega de aquellos o, en su lugar, citar a los titulares de las empresas y actividades turísticas, sus representantes legales o, en su defecto, personas debidamente autorizadas a comparecencia ante la Administración autonómica.

4. Si se le negase la entrada o acceso a los lugares objeto de inspección, no se le facilitara la documentación solicitada o no se acudiese a la oficina administrativa a requerimiento de la Inspección de turismo, el inspector formulará mediante acta la necesaria advertencia de que tal actitud constituye una obstrucción sancionable.

Artículo 55. Actuaciones inspectoras.

1. La actuación de la Inspección de turismo se desarrollará, principalmente, mediante visita a los centros o lugares objeto de inspección. Igualmente, podrá desempeñar su función fiscal-

lizadora solicitando de los responsables de las actividades turísticas la aportación de los datos precisos. Se podrán elaborar Planes de Inspección Programada.

2. Por cada visita de inspección que se realice, los funcionarios actuantes deben levantar el acta correspondiente en la que se expresará su resultado, que podrá ser:

- a) De conformidad con la normativa turística.
- b) De obstrucción a los funcionarios por parte del titular, su representante o empleados.
- c) De advertencia, cuando los hechos consistan en la inobservancia de requisitos fácilmente subsanables, y siempre que de los mismos no se deriven daños o perjuicios para los usuarios; en estos supuestos, el inspector puede advertir y asesorar para que se cumpla la normativa, consignando en el acta la advertencia, la norma aplicable y el plazo para su cumplimiento.
- d) De infracción.

El contenido de los distintos tipos de actas se ajustará, en lo que proceda, al establecido para las actas de infracción.

Artículo 56. Actas de infracción.

1. En las actas se reflejarán los datos identificativos del establecimiento o actividad, la fecha y hora de la visita, los hechos constatados, destacando, en su caso, los relevantes a efectos de tipificación de la infracción y graduación de la sanción, así como los nombres y apellidos de los inspectores actuantes. Siempre que sea posible y sin perjuicio de lo que resultase de la posible instrucción del procedimiento sancionador, se contemplará asimismo:

a) La infracción presuntamente cometida, con expresión del precepto infringido.

b) Las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer.

2. Los interesados, o sus representantes, podrán hacer en el acto de inspección las alegaciones o aclaraciones que estimen convenientes a su defensa, que se reflejarán en la correspondiente acta.

3. Si la inspección aprecia razonadamente la existencia de elementos de riesgo inminente de perjuicio grave para los usuarios, deberá proponer al órgano competente para incoar la adopción de las medidas cautelares oportunas a las que se refiere el artículo 73.

4. Las actas deberán ser firmadas por el titular de la empresa, por el representante legal de ésta, o, en caso de ausencia, por el que se encuentre al frente del establecimiento o, en último extremo, por cualquier dependiente. La firma y recepción del acta por cualquiera de las personas citadas anteriormente supondrá la notificación de la misma, si bien en ningún caso implicará la aceptación del contenido.

Si existiese negativa por parte de las personas reseñadas anteriormente a firmar el acta, lo hará constar así el inspector, mediante la oportuna diligencia, con expresión de los motivos, si los manifestaran. Del acta levantada se entregará copia al inspeccionado, teniendo los efectos de su notificación.

Las actas levantadas, en su caso, por agentes de la Administración colaboradora serán remitidas a la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de turismo, que proseguirá su tramitación.

5. Las actas de la Inspección de turismo, extendidas con arreglo a los requisitos señalados en los apartados anteriores, tendrán valor

probatorio respecto a los hechos reflejados en ellas constatados personalmente por el inspector actuante, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus derechos o intereses puedan señalar o aportar los interesados.

TÍTULO VII DEL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LA ACTIVIDAD TURÍSTICA

Artículo 57. Objeto.

El régimen sancionador de la actividad turística tiene por objeto la tipificación de las infracciones, la fijación de sanciones y el establecimiento del procedimiento sancionador aplicable en materia de turismo.

CAPÍTULO I De las infracciones administrativas

Artículo 58. Infracciones administrativas.

1. Se consideran infracciones administrativas en materia de turismo las acciones u omisiones tipificadas en la presente Ley.

2. Las disposiciones reglamentarias de ordenación del turismo podrán, dentro del marco de lo establecido en la presente Ley, complementar o especificar las conductas contrarias a lo dispuesto en la misma sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en ella establecido.

3. Las infracciones a la normativa turística se clasifican en leves, graves y muy graves.

Artículo 59. Infracciones leves.

Se consideran infracciones leves:

1. La realización o prestación de un servicio

turístico estando autorizado e inscrito, cuando sea preceptivo, pero careciendo de otros documentos que al efecto sean exigibles por las disposiciones turísticas que regulen dicha actividad.

2. Las deficiencias en la prestación de los servicios contratados de conformidad con la categoría del establecimiento y las condiciones acordadas, y, en particular, las relativas a la limpieza, decoro y funcionamiento de las instalaciones y enseres.

3. La falta de distintivos, anuncios, señales o de información de obligatoria exhibición en los establecimientos, según se determine reglamentariamente, o que, exhibidos, no cumplan las formalidades exigidas.

4. La falta de publicidad de las prescripciones particulares a las que pudieran sujetarse la prestación de los servicios, así como el incumplimiento de las disposiciones turísticas que regulen la publicidad sobre productos y servicios y sus precios, salvo que éstas últimas tengan la consideración de infracción grave.

5. El retraso en el cumplimiento de las comunicaciones y notificaciones a la Consejería competente en materia de turismo de cambios de titularidad del establecimiento o en la presentación de aquella otra información que exija la normativa turística.

6. El incumplimiento de las obligaciones formales exigidas por las normas relativas a documentación, libros o registros establecidos obligatoriamente por la legislación turística para el adecuado régimen y funcionamiento de la empresa, instalación o servicio y como garantía para la protección del usuario, y, en particular, la falta de diligenciación de los libros conforme a la normativa turística y la no conservación de la documentación obligatoria durante el tiempo establecido reglamentariamente.

7. Admitir reservas en exceso, que originen sobrecontratación de plazas cuando la empresa infractora facilite al usuario afectado alojamiento en las condiciones del artículo 26.2, párrafo primero.

8. El incumplimiento de los requisitos, obligaciones y prohibiciones contenidos en esta Ley, así como las que en ejecución de la misma se establezcan en la normativa de desarrollo cuando no tenga trascendencia directa de carácter económico ni perjuicio grave para los usuarios y siempre que no esté tipificada como infracción grave ni muy grave.

Artículo 60. Infracciones graves.

Se consideran infracciones graves:

1. La realización o prestación clandestina de un servicio turístico, definida en el artículo 28.3 de la presente Ley.

2. La utilización de denominación, rótulos o distintivos diferentes a los que corresponda conforme a la clasificación otorgada al establecimiento, actividad o servicio.

3. La utilización de información o publicidad que induzca a engaño en la prestación de los servicios, así como el uso de sistemas agresivos de promoción de ventas.

4. El incumplimiento de comunicar y notificar a la Consejería competente en materia de turismo los cambios de titularidad del establecimiento o de presentar aquella otra información que exija la normativa turística, tras ser requerido al efecto.

5. La alteración de los presupuestos que motivaron el otorgamiento de la autorización, inscripción o título preceptivo para la actividad turística, sin previa autorización del órgano turístico competente.

6. El incumplimiento de la normativa turística aplicable en materia de insonorización, así

como el incumplimiento parcial y no sustancial de la normativa sobre prevención de incendios y de seguridad de las instalaciones.

7. Prestar el servicio turístico tras efectuar modificaciones estructurales que afecten al grupo, categoría o especialidad del establecimiento sin la previa modificación de la inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía.

8. La negativa a la prestación de un servicio contratado o la prestación del mismo en condiciones de calidad sensiblemente inferiores a las pactadas. No constituirá infracción la negativa a continuar prestando un servicio cuando el cliente se niegue al pago de las prestaciones ya recibidas.

9. La prestación de servicios a precios superiores a los expuestos al público o con incumplimiento de las disposiciones o normas vigentes en materia de precios.

10. La inexistencia de hojas de reclamaciones o la negativa a facilitar la hoja de reclamaciones a los clientes en el momento de ser solicitadas.

11. Admitir reservas en exceso, que originen sobrecontratación de plazas cuando la empresa infractora no facilite al usuario afectado alojamiento en las condiciones del artículo 26.2, párrafo primero.

12. La negativa a la expedición de factura o tique, o, habiendo expedido el tique mecánico, la negativa a realizar la correspondiente factura especificando los distintos conceptos a solicitud del cliente, y, en general, no facilitar al cliente cuantos documentos acrediten los términos de su relación con la empresa turística y que legalmente estén obligados a suministrarle.

13. El no mantener vigente la cuantía del capital social o las garantías de seguro y fianza exigidas por la normativa de las agencias de viajes.

14. Las infracciones de la normativa turística que conlleven daños a los recursos turísticos, al medio ambiente o al patrimonio histórico.

15. La contratación de establecimientos y personas que no dispongan de las autorizaciones pertinentes, así como el no poseer personal habilitado para el ejercicio de funciones cuando ello sea exigible por la normativa turística a los efectos de la prestación de los servicios convenidos con los clientes.

16. La alteración de la capacidad de alojamiento de los establecimientos hoteleros, mediante la utilización doble de habitaciones calificadas como individuales o mediante la instalación de camas supletorias siempre que supere el límite reglamentariamente establecido.

17. La contratación de servicios turísticos por tiempo superior al establecido reglamentariamente.

18. La reincidencia de infracciones leves.

Artículo 61.

Infracciones muy graves.

Se consideran infracciones muy graves:

1. Las infracciones de la normativa turística que tengan por resultado daño notorio o perjuicio grave a la imagen turística de Andalucía, o de cualesquiera de sus destinos turísticos.

2. Cualquier actuación discriminatoria, incluida la expulsión injustificada de un establecimiento turístico, cuando se realice por razón de discapacidad, raza, lugar de procedencia, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

3. Las deficiencias en materia de infraestructuras, instalaciones y actividad que supongan grave riesgo para los usuarios, así como el incumplimiento sustancial o generalizado de la normativa en materia de incendios y seguridad.

4. La negativa u obstrucción a la actuación de los servicios de Inspección de la Administración turística que impida o retrase el ejercicio de sus funciones, así como la aportación a la misma de información o documentos falsos.

5. La venta de parcelas de los campamentos de turismo, así como unidades de alojamiento de establecimientos hoteleros o partes sustanciales de los mismos, salvo en los supuestos admitidos por la legislación vigente.

6. La reincidencia de infracciones graves.

Artículo 62. Personas responsables de las infracciones.

1. Son responsables de las infracciones tipificadas en la presente Ley las siguientes personas físicas o jurídicas, públicas o privadas que realicen las acciones u omisiones tipificadas en la misma, aun a título de simple inobservancia:

- a) Las personas titulares de empresas, establecimientos o actividades turísticas, a cuyo nombre figure la inscripción, habilitación o título administrativos que resulten, en su caso, preceptivos para su ejercicio.
- b) Las personas que presten cualquier servicio turístico de manera clandestina.

2. El titular de las actividades turísticas será responsable administrativamente de las infracciones cometidas por sus empleados o por terceras personas que, sin unirles un vínculo laboral, realicen prestaciones a los usuarios turísticos comprendidas en los servicios contratados con aquel.

La responsabilidad administrativa se exigirá al titular de la actividad turística, sin perjuicio de que éste pueda deducir las acciones que resulten procedentes contra las personas a las que sean materialmente imputables las infracciones

para el resarcimiento del importe a que fueran sancionadas.

Artículo 63. Infracciones constitutivas de delito o falta.

1. Cuando en cualquier momento del procedimiento, el órgano competente para incoarlo considere que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, deberá dar traslado al Ministerio Fiscal y acordar la suspensión del procedimiento sancionador hasta tanto adquiera firmeza la resolución judicial que recaiga. No obstante, la suspensión anterior no se extenderá a la ejecutividad de las medidas cautelares adoptadas para restablecer el orden jurídico vulnerado.

2. En los mismos términos, la instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del procedimiento administrativo sancionador que se hubiese incoado por los mismos hechos y, en su caso, la ejecución de los actos administrativos de imposición de sanción.

3. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos. Si a pesar de lo ordenado en los apartados anteriores, se hubiese impuesto sanción administrativa por los mismos hechos, tal sanción quedará sin efecto y, en su caso, su importe será reintegrado al infractor.

4. Si la autoridad judicial acordare el archivo o dictare auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, la Administración podrá continuar el procedimiento sancionador con base, en su caso, en los hechos que la jurisdicción competente haya considerado probados, salvo que la resolución judicial absolutoria se funde en la inexistencia misma de los hechos.

Artículo 64. Prescripción de las infracciones.

1. Las infracciones previstas en esta Ley prescribirán en los siguientes plazos:

- a) Infracciones leves: seis meses.
- b) Infracciones graves: nueve meses.
- c) Infracciones muy graves: un año.

2. El plazo de prescripción de las infracciones se computará desde el día en que se hubieran cometido. En las infracciones en las que la conducta tipificada implique una obligación permanente para el titular, el plazo de prescripción se computará a partir de la fecha de cese de la actividad.

3. La prescripción de las infracciones quedará interrumpida por la incoación del procedimiento sancionador correspondiente con conocimiento del interesado, reanudándose el plazo de prescripción si el procedimiento estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

CAPÍTULO II

De las sanciones administrativas

Artículo 65.

Tipología de las sanciones.

1. Las infracciones contra lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones en materia de turismo darán lugar a la imposición de las siguientes sanciones:

- a) Principales.
Apercibimiento.
Multas.
- b) Accesorias.

Suspensión temporal del ejercicio de servicios turísticos y clausura temporal del establecimiento.

Revocación del título, autorización o inscripción y clausura definitiva del establecimiento.

2. No tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos que se hallen abiertos al público, así como la suspensión de actividades turísticas cuando el establecimiento o la actividad no hayan obtenido la previa inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía. Tales medidas serán acordadas previa audiencia del interesado.

Artículo 66.
Prescripción de las sanciones.

1. Las sanciones previstas en esta Ley prescribirán en los siguientes plazos:

- a) Las impuestas por infracciones leves: seis meses.
- b) Las impuestas por infracciones graves: nueve meses.
- c) Las impuestas por infracciones muy graves: un año.

2. El plazo de prescripción de las sanciones se computará desde el día siguiente a aquel en que adquiere firmeza la resolución por la que se imponga la sanción.

3. La prescripción de las sanciones quedará interrumpida por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, reanudándose el plazo de prescripción si el procedimiento estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al infractor.

Artículo 67. Sanciones.

1. Las infracciones calificadas como leves serán sancionadas con apercibimiento o multa de hasta 200.000 pesetas.

2. Las infracciones calificadas como graves serán sancionadas con multa de 200.001 a 2.000.000 pesetas; como sanción accesoria

podrá imponerse la suspensión del ejercicio de servicios turísticos, o la clausura temporal del establecimiento, en su caso, por un período inferior a seis meses.

3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 2.000.001 a 20.000.000 de pesetas; como sanción accesoria podrá imponerse la suspensión del ejercicio de servicios turísticos o clausura del establecimiento, en su caso, por un período comprendido entre los seis meses y tres años.

La revocación del título, autorización o inscripción y la clausura definitiva del establecimiento procederá en el caso de infracciones muy graves cuando el responsable haya sido sancionado dos o más veces, mediante resolución firme en vía administrativa, por este tipo de infracciones en el transcurso de tres años consecutivos y medien graves perjuicios para los intereses turísticos de Andalucía derivados de la conducta del infractor.

Artículo 68. Criterios para la graduación de las sanciones.

1. Las sanciones se impondrán teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes cuando se produjo la infracción administrativa. A este respecto se tendrán en cuenta especialmente los siguientes criterios:

- a) La existencia de intencionalidad.
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.
- c) La reincidencia, cuando no haya sido tenida en cuenta para tipificar la infracción.
- d) El beneficio ilícito obtenido.
- e) El volumen económico de la empresa o establecimiento.
- f) La categoría del establecimiento o características de la actividad.

- g) La trascendencia social de la infracción.
- h) Las repercusiones para el resto del sector.
- i) La subsanación durante la tramitación del procedimiento de las anomalías que dieron origen a su incoación.

2. Se entiende por reincidencia la comisión de cualquier infracción de la misma naturaleza en el plazo de un año a contar desde la notificación de la sanción impuesta por otra infracción de las tipificadas en la presente Ley, cuando haya sido declarada firme en vía administrativa.

3. En todo caso, la aplicación de la sanción asegurará que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

4. Atendiendo a las circunstancias de la infracción, cuando los daños y perjuicios originados a terceros, a la imagen turística de Andalucía o a los intereses generales sean de escasa entidad, el órgano competente podrá imponer a las infracciones muy graves las sanciones correspondientes a las graves y a las infracciones graves las correspondientes a las leves. En tales supuestos deberá justificarse la existencia de dichas circunstancias y motivarse la resolución.

Artículo 69. Órganos competentes.

Los órganos competentes para la imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley son:

- a) Los Delegados Provinciales de la Consejería competente en materia de turismo para la imposición de las sanciones correspondientes a infracciones leves y graves, salvo que el ámbito territorial de la infracción exceda del que corresponde al Delegado, en cuyo caso será impuesta por el Director General.

- b) El Director General competente por razón de la materia para la imposición de las sanciones correspondientes a infracciones muy graves, excepto lo establecido en el apartado siguiente.
- c) El Consejero competente en materia turística para la imposición de las sanciones correspondientes a infracciones muy graves cuya cuantía supere los quince millones de pesetas o consista en la revocación del título, autorización o inscripción o en la clausura definitiva del establecimiento.

Artículo 70. Multas coercitivas.

1. Con independencia de las sanciones previstas en los artículos anteriores, los órganos sancionadores, una vez transcurridos los plazos señalados en el requerimiento correspondiente relativo a la adecuación de la actividad o de los establecimientos a lo dispuesto en las normas o, en su caso, al cese de la actividad, podrán imponer multas coercitivas conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La cuantía de cada una de dichas multas no superará el diez por ciento de la multa fijada para la infracción cometida.

2. En el supuesto de incumplimiento de los requerimientos que no den lugar a la incoación de procedimientos sancionadores se podrán imponer multas coercitivas que cada una de ellas no exceda de cincuenta mil pesetas.

CAPÍTULO III

Del procedimiento sancionador

Artículo 71. Procedimiento.

La potestad sancionadora en materia de turismo se ejercerá de acuerdo con las normas

procedimentales del presente capítulo y con el procedimiento que se establezca reglamentariamente.

Artículo 72. Incoación.

1. Los procedimientos sancionadores se iniciarán de oficio, por acuerdo de los Delegados Provinciales de la Consejería competente en materia turística en cuya provincia se cometa la infracción, bien por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior, petición razonada de otro órgano administrativo o por denuncia de cualquier persona.

2. El acuerdo de iniciación tendrá el siguiente contenido mínimo:

- a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.
- b) Los hechos, sucintamente expuestos, que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.
- c) Instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.
- d) Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya la competencia.
- e) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

Artículo 73. Medidas cautelares.

1. Excepcionalmente, cuando sea necesario para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer o cuando concurren circunstancias graves que afecten a la seguridad de las personas o de los bienes o que supongan perjuicio grave o manifiesto para la imagen turística

de Andalucía, podrá acordarse cautelarmente, tanto en el acuerdo de iniciación del procedimiento como durante su instrucción, la clausura inmediata del establecimiento o precintado de sus instalaciones o suspensión de la actividad, durante el tiempo necesario para la subsanación de los defectos existentes y como máximo hasta la resolución del procedimiento.

2. La autoridad competente para incoar el procedimiento lo será también para adoptar la medida cautelar, mediante resolución motivada, previa audiencia del interesado.

Artículo 74. Caducidad.

Los procedimientos sancionadores se entenderán caducados, procediéndose al archivo de las actuaciones, una vez que transcurran seis meses desde su incoación, excluyendo de su cómputo las paralizaciones imputables al interesado y las suspensiones establecidas en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todo ello sin perjuicio de la posible ampliación del plazo en los supuestos legalmente establecidos.

Artículo 75. Anotación, cancelación y publicidad de sanciones.

1. Las sanciones firmes en vía administrativa, sea cual fuere su clase y naturaleza, serán anotadas en el Registro de Turismo de Andalucía.

2. La anotación de las sanciones se cancelará de oficio o a instancia del interesado:

- a) Transcurrido uno, dos o cuatro años, según se trate de sanciones por infracciones leves, graves o muy graves, respectivamente, desde su imposición con carácter firme en vía administrativa.

b) Cuando la resolución sancionadora sea anulada en vía contencioso-administrativa, una vez que la sentencia sea declarada firme.

3. Por razones de ejemplaridad y siempre que concurran las circunstancias de reincidencia en las infracciones de naturaleza análoga, acreditada intencionalidad o que la infracción produzca graves daños a terceros o a la imagen turística de Andalucía, el órgano sancionador podrá acordar la publicación de la sanción en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* y a través de los medios de comunicación que considere oportunos, una vez que ésta sea firme. La publicación contendrá, además de la sanción, el nombre, apellidos o denominación social de las personas físicas o jurídicas responsables, el establecimiento turístico, así como la índole y naturaleza de la infracción.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Régimen especial de grandes ciudades.

El régimen de Municipio Turístico establecido en la presente Ley no será de aplicación a las ciudades de población superior a cien mil habitantes.

Las medidas de promoción y fomento del turismo para estas ciudades serán objeto de un tratamiento específico en el Plan General del Turismo.

Segunda. Actualización de las multas.

La cuantía de las multas podrá ser actualizada por el Consejo de Gobierno de acuerdo con el límite porcentual de la evolución del índice de precios al consumo.

Tercera. Medidas de protección ambiental.

1. El apartado 34 del anexo II de la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección

Ambiental, queda redactado de la siguiente forma:

“Complejos deportivos y recreativos, campos de golf y campings, en suelo no urbanizable”.

2. El apartado 8 del anexo III de la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental, queda redactado de la siguiente forma:

“Establecimientos hoteleros, apartamentos turísticos e inmuebles de uso turístico en régimen de aprovechamiento por turno. Restaurantes, cafeterías y bares”.

Cuarta. Residencias de tiempo libre.

La presente Ley no será de aplicación a las residencias de tiempo libre de la Administración de la Junta de Andalucía.

Quinta. Plan General del Turismo.

1. El Plan General del Turismo tendrá la consideración de plan con incidencia en la ordenación del territorio.

2. El apartado 1.14 del anexo de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio, queda redactado de la siguiente forma:

“14. Plan General del Turismo”.

3. El apartado 1.14 del citado anexo pasa a ser el 1.15.

Sexta. Resolución de los procedimientos de inscripción.

Sin perjuicio de la obligación de dictar resolución expresa, los interesados podrán entender desestimadas las solicitudes de inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía cuando no les hayan sido notificadas las resoluciones en los plazos reglamentariamente establecidos.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Normas procedimentales.

Sin perjuicio de la aplicación de las normas procedimentales establecidas en esta Ley, en tanto no se proceda a la aprobación del reglamento a que se refiere el artículo 71, será aplicable la legislación autonómica reguladora del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora y, en su defecto, la legislación del Estado.

Segunda. Régimen sancionador.

La presente Ley no será de aplicación a los procedimientos sancionadores iniciados antes de su entrada en vigor, los cuales se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su incoación, salvo que lo dispuesto en la presente resulte más favorable para el presunto infractor.

Tercera. La Escuela Oficial de Turismo.

Además de las funciones establecidas en el artículo 13 de la presente Ley y sin perjuicio de las competencias de la Consejería de Educación y Ciencia, la Escuela Oficial de Turismo de Andalucía ejercerá con carácter temporal las funciones reglamentariamente establecidas respecto de los centros privados de enseñanzas especializadas de turismo. Estas funciones se ejercerán hasta que tales centros obtengan el reconocimiento como Escuelas Universitarias adscritas a la Universidad o hasta que sean autorizados para impartir las enseñanzas correspondientes a los ciclos formativos de grado superior de Agencias de Viajes, de Alojamiento y de Información y Comercialización Turísticas, todo ello de acuerdo con los Reales Decretos

259/1996, de 16 de febrero, y 777/1998, de 30 de abril.

Cuarta. Acceso a la condición de guía de turismo.

1. La Consejería competente en materia de turismo efectuará con carácter extraordinario una convocatoria para que puedan acceder a la condición de guía de turismo aquellas personas que posean los requisitos exigidos en la normativa vigente, salvo el de la titulación.

A tal efecto, la convocatoria habrá de prever, como fase previa, la necesaria superación de una prueba de conocimientos de carácter general.

2. La superación de dicha prueba tendrá como único efecto el de poder acceder a las de aptitud para la obtención de la habilitación para el ejercicio de la actividad de guía de turismo, sin que en ningún caso posea efectos académicos ni profesionales.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

1. Queda derogada la Ley 3/1986, de 19 de abril, de Inspección y Régimen Sancionador en materia de Turismo.

2. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango, en lo que contradigan o se opongan a lo establecido en la presente Ley.

3. A la entrada en vigor de la presente Ley, no será de aplicación en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía la Orden Ministerial de 11 de agosto de 1972, por la que se aprueba el Estatuto de los Directores de Establecimientos de Empresas Turísticas.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Vigencia de normas reglamentarias.

Se declaran expresamente en vigor las normas turísticas, cualquiera que sea su rango, en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley, en particular el Decreto 15/1990, de 30 de enero, de creación, organización y funcionamiento del Registro de Establecimientos y Actividades Turísticas y simplificación de los trámites de los expedientes administrativos.

Segunda. Desarrollo.

Se autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Tercera. Plan General del Turismo.

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Consejo de Gobierno aprobará el Plan General del Turismo, el cual será revisado con una periodicidad no superior a cuatro años.

Cuarta. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor al mes de su publicación en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*.

Sevilla, 15 de diciembre de 1999

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

8

LA ORDENACIÓN DEL TURISMO RURAL:

ASPECTOS
ADMINISTRATIVOS,
FISCALES
Y LABORALES

LA ORDENACIÓN DEL TURISMO RURAL: ASPECTOS ADMINISTRATIVOS, FISCALES Y LABORALES*

Francisco Javier Melgosa Arcos

**Profesor Titular E.U. de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca**

El turismo rural responde a la creciente diversificación de las preferencias turísticas de los consumidores, que ha traído consigo la búsqueda del contacto con la naturaleza y un creciente interés por todo lo que rodea al mundo rural, por parte de las nuevas generaciones que han nacido y/o viven en zonas urbanas. Las motivaciones de los turistas hacia el medio rural son muy variadas: conocer las formas de vida tradicionales, arquitectura tradicional, gastronomía, práctica de distintas actividades de ocio, tradiciones, "vuelta a las raíces"... etc.

Además, el turismo rural está íntimamente relacionado con otros productos y subproductos turísticos que también se desarrollan en el medio rural, como son los casos del "turismo activo" donde el turista participa de distintas actividades (excursionismo, rutas a caballo, cicloturismo, parapente, descensos de ríos, escalada, caza, pesca, etc.); el denominado "turismo de naturaleza" en sus distintas versiones -ecoturismo, turismo verde, etc., o el "turismo de interior".

Distintos estudios¹ sitúan las primeras experiencias a mediados del presente siglo, principalmente en países de nuestro entorno, como Inglaterra, Irlanda, Austria y Francia, donde ya cuentan con una gran tradición; mientras que en España es un fenómeno más reciente que, aunque cuenta con un tímido precedente en los años sesenta con la puesta en marcha de las denominadas "Casas de Labranza", las primeras iniciativas de turismo rural entendido en sentido amplio -y no sólo como agroturismo- surgen a principios de los años ochenta, en Comunidades Autónomas como Asturias, Andalucía, Navarra y el País Vasco, que pusieron en marcha distintas iniciativas, entre las que destacan el Proyecto Piloto de Taramundi, las Casas Rurales de Navarra y el Agroturismo Vasco.

Por el medio físico en que se desarrolla, el turismo rural es considerado en la actualidad, como una estrategia relevante por su contribución a la creación de empleo, y en definitiva al arraigo y fijación de la población local, tanto por su efecto multiplicador y productor de ganancias complementarias, como por su capacidad de creación de sinergias y generador de demanda de infraestructuras y de servicios de apoyo al mundo rural.

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 22 de mayo de 1998.

¹ Bote Gómez, Venancio. "Turismo en Espacio Rural". Editorial Popular, Madrid, 1988; Fuentes García, Rafael "El turismo rural en España. Especial referencia al análisis de la demanda". Secretaría General de Turismo, Madrid, 1995 y "Estructura de la Oferta y de la Demanda del Turismo Rural". Actas del Congreso de Turismo Rural y Turismo Activo, Ávila, 1995.

Por todo ello, desde las distintas Administraciones Públicas se han diseñado políticas de apoyo al turismo rural y a los recursos turísticos que ofrece este medio; y desde las Administraciones Turísticas de las Comunidades Autónomas, se han regulado los alojamientos rurales como una modalidad más de alojamiento turístico.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TURISMO RURAL?

A pesar del esfuerzo de algunas Instituciones, hasta el momento no ha existido una definición consensuada del turismo rural por parte de la doctrina, y así se puso de manifiesto en algunos documentos de la Unión Europea. La Comisión en el "*Plan de medidas a favor de las empresas de turismo rural*"², proponía una serie de actuaciones, destacando en primer lugar, la de contribuir a la definición de los productos de turismo rural, contribuyendo a que se conozca mejor la demanda y la oferta de estos productos; y el Comité Económico y Social en su Dictamen "*Plan de medidas comunitarias a favor del turismo*"³ incide en señalar la necesidad de definir el concepto de turismo rural o de turismo en espacio rural.

No obstante, existen múltiples aportaciones doctrinales con variados enfoques: Elena Bardón⁴ entiende por oferta turística rural "el conjunto de alojamientos, instalaciones, estructuras de ocio y recursos naturales y arquitectónicos existentes en zonas de economía predominantemente agrícola".

La Secretaría General de Turismo, adoptó una definición aceptada por las Comunidades Autónomas; considerando turismo rural "todo tipo de aprovechamiento turístico en espacio rural, siempre que se cumpla con las siguientes limitaciones:

- Que se trate de un turismo difuso, es decir, una oferta dispersa y no concentrada.
- Que sea respetuoso con el patrimonio natural y cultural.
- Que implique la participación activa de la población local.
- Que contenga las actividades tradicionales del medio huyendo del gigantismo y del monolítico turístico".

La consultora T.H.R.⁵, por encargo de la Secretaría General de Turismo formula un nuevo concepto: "una oferta de actividades recreativas, alojamiento y servicios afines, situada en el medio rural, dirigida principalmente a los habitantes de las ciudades que buscan pasar sus vacaciones en contacto con la naturaleza y con la gente local".

² COM (90) 438 final, de 26 de septiembre de 1990.

³ COM (91) 97 final de 19 de diciembre de 1991.

⁴ Bardón Fernández, Elena. "*El Turismo Rural en España. Algunas Iniciativas Públicas*". Revista de Estudios Turísticos, núm. 94. Madrid, 1987.

⁵ T.H.R. "*Manual del Planificador de Turismo Rural*". Secretaría General de Turismo. Madrid, 1992.

Fuentes García⁶ enumera las características que componen el producto turismo rural (que se realice en el medio rural, oferta integrada de ocio, motivación basada en el contacto con el entorno autóctono, interrelación con la sociedad local), y lo define como “aquella actividad turística realizada en el espacio rural, compuesta por una oferta integrada de ocio, dirigida a una demanda cuya motivación es el contacto con el entorno autóctono y que tenga una interrelación con la sociedad local”.

Y por último, en el plano legislativo, sólo existen definiciones de los alojamientos rurales, y la única excepción la encontramos precisamente el *Decreto 94/1995, de 4 de abril*, sobre ordenación de los alojamientos en casas rurales andaluzas, que en su Exposición de Motivos define como “*Turismo en el espacio rural*” a un conjunto de actividades que se desarrollan en dicho espacio geográfico, excediendo el mero alojamiento en el mismo, y que pueden suponer para los habitantes estables del medio una fuente de rentas complementarias a las tradicionalmente dependientes del sector primario.

II. EL PAPEL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL FOMENTO DEL TURISMO RURAL

En los últimos años se puede constatar una creciente preocupación de las distintas Administraciones Públicas y de los agentes sociales por la difusión y fomento del Turismo Rural.

2.1. Unión Europea

El Tratado constitutivo de la Unión Europea no incluye un capítulo específico sobre el turismo, que es una de las principales actividades comunitarias en términos laborales y económicos, pues según datos de Eurostat⁷, en 1992 la contribución aproximada del turismo al PNB fue de un 5,53 % aproximadamente.

Aunque existen precedentes en disposiciones comunitarias de los años ochenta (V.g. Reglamento 1820/80, del Consejo sobre aceleración del desarrollo agrario en zonas desfavorecidas de Irlanda,, o en el Reglamento 797/1985, sobre mejora de las estructuras agrarias), es en la presente década cuando apreciamos una clara preocupación por el turismo rural, plasmada en varios documentos: a finales de 1993, el Parlamento europeo elaboró un “*Informe sobre el turismo en el horizonte 2000*”⁸, destacando entre sus medidas las de fomento del turismo rural, la educación ambiental de los turistas, y procurar que los intereses turísticos sean compatibles con los del medio ambiente y con el patrimonio.

⁶ Fuentes García, Rafael. “*El turismo rural en España. Especial referencia al análisis de la demanda*”. Secretaría General de Turismo. Madrid, 1995.

⁷ Eurostat. Anuario 95. Visión estadística sobre Europa 1983-1993. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1996.

⁸ Resolución sobre el turismo en la perspectiva del año 2000. Res. 0352/93.

nio arquitectónico. Posteriormente, la Comisión presentó su "Informe sobre las acciones comunitarias que afectan al turismo⁹", y el Consejo adoptó el "Plan de acciones comunitarias en favor del turismo 1993-1995¹⁰" con propuestas concretas sobre el turismo rural y cultural.

Finalmente, en 1995 llegó el esperado Libro Verde de la Comisión sobre el turismo¹¹ que, además de señalar las perspectivas de una política comunitaria en materia de turismo, señala qué acciones se han llevado a cabo hasta el momento en este sector y también a qué objetivos responde la actuación de la Unión.

En cuanto a medidas específicas sobre turismo rural, la Unión Europea adoptó el plan de acción denominado "Medidas Comunitarias para el Fomento del Turismo Rural", el 26 de septiembre de 1990¹², donde se enumeran algunas de las medidas comunitarias a las que pueden acogerse las empresas de turismo rural. También se trata de forma monográfica el turismo rural en el "Dictamen sobre una política de desarrollo del turismo rural en las regiones de la Unión Europea" del Comité de Regiones, de 2 de febrero de 1995 (DOCE nº C 210/99).

Pero el turismo rural también está presente en otras políticas sectoriales de la Unión Europea, principalmente en las políticas agraria y medioambiental. Desde la primera, por acuerdo de los Jefes de Estado y de Gobierno, desde 1988 se tiende a valorizar otros aspectos de la política agraria y de desarrollo rural, como los relativos a la protección del medio ambiente y la diversificación de actividades que eviten la despoblación de las áreas rurales, lo que la convierte en una verdadera política de desarrollo rural¹³. En este contexto se señala a la actividad agroturística como una de las soluciones a los problemas estructurales de la agricultura tradicional¹⁴.

Desde la política ambiental, se incluye el turismo dentro de los cinco sectores prioritarios¹⁵ para la aplicación del Quinto Programa "Hacia un desarrollo sostenible¹⁶", y se crea el instrumento financiero LIFE, en el que pueden tener cabida iniciativas relacionadas con el turismo rural.

⁹ COM (94) 74.

¹⁰ Decisión 92/421.

¹¹ Libro Verde de la Comisión sobre el papel de la Unión en materia de turismo. COM (95) 97, de 4 de abril de 1995.

¹² COM (90) 438 final.

¹³ Leguina Villa y Sánchez Morón: "Acción administrativa y desarrollo rural". Editorial Tecnos, 1994.

¹⁴ El Reglamento CEE 2328/1991 del Consejo, relativo a la mejora de la eficacia de las estructuras agrarias, adaptado por el MAPA mediante R.D. 1887/91, de 30 de diciembre, establece un régimen de ayudas que puede aplicarse a inversiones que tengan por objeto actividades turísticas y artesanales en explotaciones agrarias.

¹⁵ Industria, energía, transporte, agricultura y turismo.

¹⁶ El Quinto Programa de Acción en materia de medio ambiente "Hacia un desarrollo sostenible" constituye el marco de la política y acción comunitarias hasta el año 2000. COM (92)23.

En cuanto a la financiación de iniciativas de turismo rural, la Unión Europea está subvencionando muchas actuaciones a través de los Fondos Estructurales (FEDER, FEOGA y FSE), por un lado, y con las distintas "Iniciativas Comunitarias"¹⁷, entre las que destaca la iniciativa LEADER, que ha servido de apoyo a las iniciativas más conocidas dentro de la geografía nacional.

2.2. Administración General del Estado

Inicialmente desde el Ministerio de Agricultura, como un factor más del desarrollo agrario, y posteriormente desde el Ministerio de Comercio y Turismo, se han adoptado medidas para el desarrollo del turismo rural, en consonancia con la creciente demanda de esta especialidad de turismo en los países avanzados. Así, desde la Secretaría General de Turismo se financiaron distintos estudios, y se trató de ejercer una labor de coordinación entre las distintas CCAA, que ostentan sobre esta materia una competencia exclusiva.

En cuanto a programas concretos, destaca el Plan Marco de Competitividad del Turismo Español (PLAN FUTURES), vertebrado en cinco Planes Parciales (Coordinación, Modernización, Nuevos Productos, Promoción y Excelencia)¹⁸, con un horizonte temporal 1992-95. Con el apoyo de este Plan surgieron algunas iniciativas interesantes: actuaciones en el consorcio de Bertiz, comercialización de la red de Posadas del Románico en la "Montaña Palentina", apoyo al programa ECOTUR para la integración del turismo y del medio ambiente en las Islas Baleares, mejora del complejo monumental en Carrión de los Condes (Palencia), rehabilitación de edificaciones antiguas como alojamientos turísticos, ... etc.

En 1996 se puso en marcha un nuevo Plan, (FUTURES 1996-99)¹⁹ que persigue un modelo de desarrollo turístico basado en la sostenibilidad como fórmula inseparable de la competitividad, y su aplicación se basa en tres pilares fundamentales: 1) Corresponsabilidad de las distintas Administraciones, empresas y sociedades receptoras, 2) Concentración de actuaciones por productos o destinos turísticos, y 3) Integración de las iniciativas empresariales en proyectos comunes junto con las Administraciones Turísticas.

La política turística de la nueva Administración Turística (Secretaría de Estado de Comercio, Turismo y PYMES, incardinada en el Ministerio de Economía y Hacienda) se plasma en el "Plan de estrategias y actuaciones de la Administración General del Estado en materia turística", publicado en 1997.

Respecto al turismo rural se hace una declaración de intenciones dentro de la estrategia sexta "Diversificación de la oferta turística española", estableciendo que "... como consecuencia de la evo-

¹⁷ Vid. "Guía de las iniciativas comunitarias 1994-1999". Primera edición. Comisión Europea.

¹⁸ Vid. Orden de 19 de agosto de 1992.

¹⁹ Vid. Orden de 25 de abril de 1996 (BOE de 1 de mayo) en la que se establecen las subvenciones para el desarrollo de nuevos productos turísticos.

lución de la demanda, especialmente internacional, pero también doméstica, es necesario estimular otras formas de turismo como son el turismo rural, el ecoturismo, el turismo cultural, el turismo deportivo y especialmente el turismo de salud o termalismo". Para ello, se impulsará la cooperación con todas las instituciones públicas y privadas intervinientes en este ámbito, de forma que puedan definirse y desarrollarse productos turísticos homogéneos susceptibles de comercialización exterior. Igualmente se impulsarán los mecanismos de promoción y comercialización conjunta, así como la formación, incentivando la cooperación empresarial hacia la creación de una oferta homogénea, y se fomentarán las inversiones que sean respetuosas con el medio ambiente y la ecología, conectando así con una mentalidad que va calando profundamente en los ciudadanos europeos.

Como actuaciones concretas se señalan la incorporación de *Sistemas de Gestión Medioambiental* a las empresas (V.g. ecogestión y ecoauditoría), y la creación de *sistemas de aseguramiento de la calidad* específicos para el sector turístico, promoviendo la participación de las organizaciones empresariales en los Organismos Internacionales de Normalización.

Y por último, la estrategia octava se refiere a "*Planes de Excelencia Turística y Nuevos Planes de Dinamización Turística*", dando así continuidad a unos Planes que tuvieron su origen en la primera etapa del Plan FUTURES.

A diferencia de los Planes de Excelencia, cuyos destinatarios son los destinos turísticos maduros, los *Planes de Dinamización Turística* irán dirigidos al desarrollo de destinos turísticos emergentes, cuyos recursos naturales y culturales tengan un fuerte potencial de atracción turística.

2.3. Comunidades Autónomas

El artículo 148.1.18 de la Constitución atribuye a las CCAA "competencia exclusiva" para la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial, y ello ha motivado un sinnúmero de disposiciones sobre la materia. No obstante, las preocupaciones de los legisladores autonómicos se han centrado principalmente en dos aspectos: regular los alojamientos de turismo rural, cuyas disposiciones se detallan en el ANEXO, por un lado; y potenciar el desarrollo de una oferta alojativa, estableciendo ayudas y subvenciones desde las distintas Consejerías²⁰.

²⁰ Sirvan de ejemplo las siguientes: Decreto 150/1988, de 24 de mayo, sobre ayudas para la rehabilitación de viviendas en Cataluña; Decreto 226/1992 de 24 de julio, por el que se conceden subvenciones para reconstrucción de viviendas rurales en Galicia; Decreto Foral 205/175/1988, de 12 de septiembre, por el que se regula la concesión de subvenciones para la mejora de la vivienda rural en Navarra; Órdenes de 18 de mayo de 1987 y de 5 de abril de 1990, sobre subvenciones para el fomento de la oferta turística rural y de estaciones termales en Andalucía; Resolución de 20 de enero de 1989, de subvenciones a los alojamientos turísticos en núcleos o zonas rurales de Asturias; Orden de 27 de noviembre de 1991, de ayudas al turismo rural en las Islas Baleares; Orden de 15 de marzo de 1989, de prestaciones económicas para la mejora de las viviendas rurales en La Rioja; Orden de 17 de febrero de 1992, sobre ayudas en la Comunidad Valenciana; Orden de 30 de octubre de 1985, de subvenciones para el fomento del turismo rural en el País Vasco; Orden de 24 de septiembre de 1992, por la que se convocan ayudas destinadas a la puesta en funcionamiento de alojamientos turísticos especiales en zonas de interior, en Murcia;... etc.

Paralelamente a esta actividad de fomento por medio de ayudas, también nos llama la atención la carrera desenfrenada de casi todas las CCAA hacia una divulgación de las exquisiteces de su oferta y su entorno, por todos los medios a su alcance, como la distribución de "lujosas" guías de alojamientos, -que, aunque rápidamente se quedan obsoletas por el continuo crecimiento de la oferta-facilitan mucho la comercialización; la concurrencia a Ferias con apartados monográficos sobre turismo rural; la creación de centrales de reserva, y más recientemente, la difusión en "internet" a través de páginas "web".

2.4. Las Administraciones Locales

Tampoco las Administraciones Locales han sido ajenas a este movimiento de fomento del turismo rural, cediendo muchas veces recursos municipales ociosos (V.g. antiguas casas del médico, secretario, maestro, etc.) para ser destinados de una u otra forma a fines turísticos, animados sin duda por distintos programas de apoyo al desarrollo rural de las distintas Administraciones (Iniciativas Comunitarias, FUTURES, Escuelas-Taller, Iniciativas Locales de Empleo, ayudas de la Comunidad Autónoma, etc.), y bajo distintas formas de explotación.

Ello ha servido para que ahora nos encontremos una mejor infraestructura de servicios turísticos en el medio rural (alojamientos en sus distintas modalidades, servicios de restauración, oficinas de información, etc.), y una mejor oferta cultural y de ocio (recuperación de patrimonio histórico y arquitectura tradicional, creación de museos etnográficos y distintas actividades de turismo activo).

Pero a pesar del positivo balance que nos merecen estas iniciativas, consideramos que últimamente se está abusando de los denominados "proyectos ejemplarizantes", que si bien fueron determinantes para iniciar el despegue, ya no está tan justificadas esas grandes inversiones, desde el momento en que la iniciativa privada ha demostrado que quiere implicarse en las distintas posibilidades que abre el turismo rural.

III. LA ORDENACIÓN DE LOS ALOJAMIENTOS DE TURISMO RURAL. ANDALUCÍA²¹

Aunque ya existían en Andalucía experiencias de turismo rural desde la segunda mitad de los años ochenta, articuladas alrededor, de las denominadas "Villas Turísticas" (establecimiento hotelero en áreas rurales, de titularidad pública y gestión privada, promovidas con un claro fin dinamizador y ejemplarizante) y de los Programas de Desarrollo Integral del Turismo Rural (PRODINTUR), el vigente régimen jurídico de los alojamientos en casas rurales se establece en el Decreto 94/1995, de 4 de

²¹ Vid. R.D. 698/1979, de 13 de febrero, BOE de 5 de abril, sobre transferencia de competencias de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de Administración local, agricultura, transporte, urbanismo, actividades molestas y turismo; Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, BOE de 11 de enero, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Andalucía; y R.D. 3585/1983, de 28 de diciembre, BOE de 17 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de turismo.

abril (BOJA de 13 de mayo), sujetando a esta ordenación *“la modalidad de alojamiento turístico en casas rurales particulares (habitadas o vacías) y en edificios o unidades singulares completas ubicadas en el medio rural andaluz, consistente en la prestación, mediante precio, del servicio de alojamiento y, en su caso, otros servicios complementarios”*.

Pero antes de avanzar en el análisis es necesario diferenciar este concepto del de *“viviendas turísticas vacacionales”* cuya ordenación se contempla en el R.D. de 15 de octubre de 1982, puesto que, precisamente en Andalucía se sigue aplicando en innumerables ocasiones.

El régimen jurídico de las viviendas turísticas vacacionales (VTV) se establece en los artículos 17 y siguientes de la norma citada, cuyo régimen jurídico es el siguiente:

1. No tendrán la consideración legal de apartamentos turísticos, sino de viviendas turísticas vacacionales, las unidades aisladas de apartamentos, bungalows, villas y chalés y similares y, *en general cualquier vivienda que con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezcan en régimen de alquiler por motivos vacacionales o turísticos* (art. 17).

2. Las VTV para su apertura y funcionamiento, sólo estarán obligadas a notificar al Organismo competente su dedicación al tráfico turístico (art. 18).

3. La contratación o explotación de los alojamientos de referencia sin la posesión del duplicado de la citada notificación, debidamente diligenciada, tendrá la consideración de clandestina (art. 19).

4. El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 no garantiza el tipo y calidad de los servicios ofrecidos al usuario (art. 20).

5. Las empresas explotadoras deberán efectuar por separado y debidamente diferenciadas la publicidad de los *“Apartamentos Turísticos”* de los de las VTV, en el caso de incluir éstas en su oferta. (art. 21).

3.1. Las Casas Rurales Andaluzas

a. Definición de Casa Rural

Se entiende por Casa Rural aquellas en las que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que esté ubicada en el medio rural, entendiéndose éste como el espacio donde se desarrollan las actividades típicamente agrícolas, forestales, extractivas, pesqueras y ganaderas, y que sus características tipológicas, preferentemente, sean acordes con las de la zona geográfica donde se ubique.
- b) Que ofrezca un máximo de 15 plazas para el alojamiento de los huéspedes.

Apreciamos cierta flexibilidad en la expresión “preferentemente”, por otra parte, común a otras normativas autonómicas.

También tendrán la consideración de alojamientos en casas rurales, a los efectos contemplados en Decreto: Las estancias en instalaciones ubicadas en el medio rural que, complementariamente al alojamiento, oferten actividades relacionadas con la naturaleza, medioambientales, cinegéticas, etc. siempre y cuando dichos establecimientos cumplan los requisitos contemplados en la esta norma.

b. Exclusiones

No tendrán la consideración de alojamientos en casas rurales, quedando por tanto excluidas de la aplicación del Decreto 94/1995, los que se realicen en pisos, considerando como tales las viviendas independientes en un edificio de varias plantas, que no estén ubicadas en una casa tradicional; y por supuesto, las VTV que vimos anteriormente.

c. Prescripciones técnicas de las Casas Rurales

Las Casas Rurales deberán disponer, como mínimo, de las siguientes instalaciones y equipo material:

1. Agua corriente apta para el consumo humano.

2. Energía eléctrica, sea por método tradicional o mediante energías alternativas que aseguren el suministro de electricidad. Se deberán cumplir las normas de seguridad exigidas en el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión.

3. Sistema de calefacción en las habitaciones y en la parte de la casa destinada al baño, comedor y salón para uso de los huéspedes.

4. Los servicios higiénicos deberán reunir las siguientes características:

- El alojamiento contará con un cuarto de baño con agua caliente y fría por cada 5 plazas de alojamiento.
- El cuarto de baño estará equipado como mínimo, con inodoro con cierre hidráulico, lavabo y ducha o bañera.
- Toma de corriente, en su caso, al lado de cada lavabo o en un lugar adecuado para su utilización.

5. Botiquín de primeros auxilios.

6. Extintores contra incendios.

7. Las habitaciones destinadas a dormitorios deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Las superficies mínimas serán de 12 metros cuadrados para habitaciones dobles y de 9 metros cuadrados para habitaciones individuales.
- Dispondrán de ventilación directa al exterior, por medio de un hueco de superficie mínima superior a 0,8 metros cuadrados o al 8% de la superficie en planta de la habitación, o a patios adecuadamente ventilados.
- En el caso de habitaciones interiores será necesaria además la instalación de un sistema de ventilación forzada, que garantice la total aireación.
- El mobiliario indispensable, será el siguiente: camas, mesilla de noche, silla, armario y un punto de luz con interruptor al lado de la cama.
- Todo el mobiliario y el equipo de la habitación deberá encontrarse en buen estado de uso y conservación, así como en las debidas condiciones de limpieza, que deberá mantenerse durante el tiempo que dure la estancia.

8. Lencería de cama y baño.

d. Dispensa de requisitos mínimos

Al igual que el resto de reglamentos de otras CCAA, el andaluz también contiene una cláusula de dispensa en el artículo 4. Y en este sentido, *la Dirección General de Turismo, a propuesta de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo, previo informe del Servicio de Promoción y Administración Turística competente, podrá establecer dispensas con criterio compensador en el cumplimiento íntegro de los requisitos mínimos señalados y, especialmente, en viviendas rurales caracterizadas por su singularidad arquitectónica y en aquellas donde el servicio turístico tenga la consideración de actividad complementaria.*

La originalidad radica en admitir cierta flexibilidad cuando la actividad turística tenga el carácter de complementario.

e. Titularidad de las Casas Rurales

A diferencia de otras CCAA²², no se pronuncia el Decreto andaluz sobre los requisitos para ser titular de una casa rural, tales como: residencia de hecho en el municipio donde ésta se ubique, empadronamiento, etc. Por ello cabe admitir la titularidad de cualquier persona, física o jurídica, en régimen de propiedad, o de arrendamiento.

f. Servicios complementarios

El titular podrá establecer libremente, entre otros, los siguientes servicios complementarios:

²² V.G. El Decreto 84/1995, de 11 de mayo, de ordenación de alojamientos de turismo rural en Castilla y León establece que podrán ejercer la actividad de Casa Rural de Alquiler los residentes de hecho en el municipio donde esta se ubique, o en el medio rural próximo, siempre que ostenten dicha condición con una antigüedad mínima de seis meses.

- Derecho a utilizar la cocina de la casa.
- Servicios de comida.

Estos servicios se entienden exclusivamente dirigidos a los ocupantes del alojamiento. Su prestación a otras personas ajenas al mismo habrá de someterse a la normativa reguladora de la respectiva actividad.

Si se ofrecen servicios de comida al público en general, deberá someterse a la normativa de restaurantes, establecido en la Orden de 17 de marzo de 1965 (BOE de 29 de marzo).

3.2. Régimen de autorizaciones

El ejercicio de la actividad de alojamiento en Casas Rurales queda sometido al requisito de la previa inscripción en el Registro de Establecimientos y Actividades Turísticas, a cuyo efecto se crea en dicho Registro, la Sección de "Casa Rural". El procedimiento consta de las siguientes fases:

1. *Órgano competente.* La solicitud de inscripción registral de una casa rural deberá presentarse en la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de turismo, o en los Registros de los demás órganos y oficinas previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en los contemplados por el artículo 51.2ª de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza.

2. *Documentación necesaria.* Para realizar el trámite de inscripción es necesario presentar la siguiente documentación:

a). Solicitud en modelo oficial, dirigida al Delegado Provincial de la Consejería con competencias en materia de turismo, según modelo del Anexo I, en la que se especificarán los siguientes detalles:

- La ubicación de la casa rural.
- El número de habitaciones.
- Características de la casa.
- Elementos y espacios comunes.
- Fechas de funcionamiento.
- Servicios complementarios que se ofrezcan.

b). Documento que acredite que el solicitante es el propietario o está en posesión de cualquier otro título que permita la utilización de la casa rural y el destino de la misma a actividades de turismo rural.

c). Certificado del Ayuntamiento correspondiente que acredite:

- Que existe una adecuada recogida, tratamiento y eliminación de aguas residuales y residuos sólidos.
- La potabilidad del agua, o bien que disponga de suministro de la red municipal de aguas.
- Que la casa reúne las condiciones urbanísticas de habitabilidad y de seguridad exigidas por la legislación aplicable.

3. *Resolución.* La Delegación Provincial correspondiente de la Consejería competente en materia de turismo (en estos momentos, la Consejería de Turismo y Deporte), una vez examinada la documentación y cumplimentados los trámites precedentes, dictará resolución sobre la inscripción de la actividad en el Registro.

Además de la resolución expresa, también puede ser aprobada por *silencio administrativo positivo*, pues transcurrido el plazo de un mes sin haberse dictado resolución expresa, el interesado podrá entender estimada la solicitud.

3.3. Régimen de funcionamiento y obligaciones de los titulares de alojamientos rurales

a. Precios

Los titulares de los alojamientos están obligados a declarar sus precios a la Consejería con competencias en materia de turismo y a exponerlos al público de acuerdo con las normas contenidas en el Decreto 96/1995, de 4 de abril, de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo, sobre ordenación de precios en los alojamientos turísticos, cuyo régimen jurídico resumimos: (BOJA de 13 de mayo de 1995).

1. *Libertad de precios.* Los titulares de los alojamientos turísticos, cualquiera que sea su clase y categoría, fijarán sus precios máximos y mínimos sin más obligación que la de *comunicar* previamente los mismos y sus posibles modificaciones a la Administración Turística.

2. *Sellado de la declaración.* Las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de turismo sellarán la declaración de precios o su modificación a los efectos de acreditar que ha sido comunicada.

3. *Libertad de modificación.* Los precios que anualmente se comunican a la Delegación Provincial de la Consejería competente, podrán ser modificados durante dicho año, a voluntad del titular del establecimiento. No obstante, deberán ser comunicados a la Administración, previamente a su aplicación.

4. *Máxima publicidad.* Los precios habrán de gozar de la máxima publicidad, por lo que se expondrán para su difusión, mediante escrito firmado por el titular del establecimiento, en los lugares donde se presten los servicios a que éstos se refieren.

Por su parte, el Decreto 94/1995, de 4 de abril, establece respecto a los precios, las siguientes consideraciones:

a). Los precios máximos y mínimos que hayan de regir en el ejercicio siguiente, deberán ser comunicados a la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo.

b). Estos precios se referirán a los servicios de alojamiento y, si procede, a los de desayuno, comida, teléfono y todos los servicios turísticos que se prestaron.

c). La lista de precios, debidamente sellada por la correspondiente Delegación Provincial, quedará expuesta en un lugar visible.

d). Los titulares de la actividad de alojamiento en casas rurales deberán entregar al usuario el justificante de pago que proceda, en el cual, sin perjuicio de los requisitos exigidos por otras normas, deberá constar el nombre y domicilio del titular de la empresa de alojamiento rural, el número de ocupantes, fecha de entrada y salida del mismo, así como los diversos servicios prestados, con separación de los servicios ordinarios de alojamiento y, si procede, del resto de los servicios tales como desayuno, comidas, teléfono y de los denominados extras.

Estas consideraciones nos parecen insuficientes, pues dejan sin aclarar algunos aspectos, que sí se contienen en el Decreto 110/1986, de 18 de junio, sobre ordenación y clasificación de establecimientos hoteleros en Andalucía, (BOJA de 15 de julio de 1986), como el cómputo de pernотaciones o jornadas, que comienzan y terminan a las doce horas del día; y la no cesación en la ocupación del alojamiento a dicha hora implicará la prolongación del mismo por una jornada más.

También entendemos que los precios del alojamiento comprenderán el uso de ropa de cama y toallas, así como los gastos de electricidad y calefacción.

c. Reservas

No hay pronunciamientos sobre el sistema de reservas. El Decreto Castellano-Leonés establece que salvo pacto en contrario, el usuario deberá ocupar su reserva antes de las 20 horas del día previsto para su llegada. A partir de dicha hora el titular del alojamiento podrá disponer del mismo para su alquiler a otros usuarios.

d. Camas supletorias

Tampoco se pronuncia el Decreto 94/1995, sobre la instalación de camas supletorias, mientras que sí se recoge en el artículo 62 del Decreto 110/1996, sobre clasificación de establecimientos hoteleros de Andalucía, en los siguientes términos: *“Los precios a percibir por instalación de camas supletorias o cunas no podrá ser superior al sesenta por ciento del precio fijado para la habitación individual en que se instalen, y del cuarenta por ciento de la habitación doble en que se instalen. El número total de dichas camas y cunas no podrá exceder del 25 por ciento del número de habitaciones del establecimiento”*.

e. Comunicación de modificaciones en los períodos de apertura o alojamiento

Toda modificación del número de plazas y servicios, la variación de las fechas de apertura y cierre anual o cualesquiera otras incidencias, así como el cierre definitivo, deberán ser comunicadas a la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de turismo, a los efectos de su inscripción o anotación registral, si procede, conforme a lo establecido en Decreto 94/1995.

En algunas CCAA se exige un mínimo de meses de apertura, siendo obligatoria en los meses de verano, y a veces también se limita el período de alojamiento para un mismo usuario (Vg. 90 días en Castilla y León).

f. Control de las entradas y salidas de huéspedes

En el artículo 8 del Decreto se establece la obligación de llevar un control de entradas y salidas de huéspedes; todo ello en consonancia con lo dispuesto en la Orden de 14 de febrero de 1992 sobre Libros-registro y partes de entradas de viajeros en establecimientos de hostelería y otros análogos²³.

Los impresos de partes de entrada de viajeros, cuyo modelo figura en el anexo de la Orden, deberán ser obtenidos en las Comisarías de Policía o, en su defecto en los Puestos de la Guardia Civil correspondientes, que los facilitarán de forma gratuita, numerados y sellados, extendiéndose en el primero de cada entrega una diligencia que exprese la fecha, clase y denominación del establecimiento y el número total de impresos entregados.

Los establecimientos podrán cumplimentar los impresos de partes de entrada por procedimientos manuales o por procedimientos informáticos, independientemente del medio que utilicen para hacer llegar o comunicar dichos partes a las dependencias policiales.

²³ Vid. Domínguez-Berrueta, Fernández de Gatta, Fernando Pablo y Nevado Moreno. *“Legislación de seguridad y policía”*. Editorial Tecnos. 1998.

Al efectuarse la entrada de viajeros y una vez firmados los impresos, un ejemplar de cada uno de ellos quedará en el establecimiento a efectos de confección del Libro-registro, ordenándose según su numeración y constituyendo libros o cuadernos que integrarán un mínimo de 100 hojas y un máximo de 500. Los establecimientos deberán conservar el Libro-registro durante el plazo de cinco años, a contar desde la fecha de la última de las hojas que los integran.

Los establecimientos de turismo rural están obligados a comunicar la información contenida en las hojas-registro a las dependencias policiales por cualquiera de los siguientes sistemas:

1. Presentando directamente o cursando por correo a la Comisaría de Policía o, en su defecto, al puesto de la Guardia Civil que corresponda dos ejemplares de la hoja-registro, uno de los cuales quedará en la dependencia policial y el otro, convenientemente sellado, se devolverá al establecimiento como acreditación del cumplimiento de su obligación.

La remisión de las hojas-registro por correo únicamente podrá efectuarse en caso de establecimientos situados en municipios en que no existan dependencias policiales.

2. Transmitiendo mediante FAX a la Comisaría de Policía o, en defecto de ésta, a la Comandancia de la Guardia Civil correspondiente la información contenida en las hojas-registro o un listado de dicha información, siempre que aquéllas cuenten con los medios de recepción idóneos y tengan capacidad funcional para ello.

Recibida la información, las dependencias policiales acreditarán a los establecimientos dicha recepción, bien mediante el envío a aquéllos de un FAX acusando recibo de la información comunicada, bien remitiéndoles por correo una copia convenientemente sellada.

3. Entregando directamente en las correspondientes dependencias policiales los soportes magnéticos que contengan la información requerida, siempre que tales dependencias estén dotadas de medios informáticos idóneos para su recepción y tratamiento. Dichas dependencias entregarán a los establecimientos un documento acreditativo de la recepción de la información contenida en los soportes magnéticos y los devolverán al respectivo establecimiento.

4. Mediante transmisión de ficheros vía telefónica al Centro de Proceso de Datos de la Dirección General de la Policía o a la Comandancia de la Guardia Civil, según el caso, que darán por recibida la información por el mismo sistema.

La utilización de este sistema y del anterior no exime de la obligación de cumplimentar el parte, de su firma por el alojado y de la confección del Libro-registro correspondiente.

g. Distintivos y publicidad

En las casas rurales se colocará un distintivo oficial normalizado, al lado de la entrada principal, según tamaño, formas y colores que se especifican en los Anexos I y II del Decreto.

h. Señalización

Las señalizaciones de los alojamientos de turismo rural que se instalen en carreteras, caminos y núcleos de población se harán conforme a lo previsto en la legislación vigente en la materia²⁴.

3.4. Obligaciones Fiscales y con la Seguridad Social

a. Obligaciones fiscales

Resulta obligado comenzar este apartado denunciando la falta de definición del concepto fiscal de agroturismo o turismo rural, y la falta de reglas específicas tanto en los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas o sobre Sociedades, que gravan rendimientos procedentes de actividades económicas, como en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), que grava las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por empresarios y profesionales. Por ello, desde el punto de vista fiscal, surgen varias dudas; como por ejemplo, la de considerar la actividad de turismo rural como complementaria de la estrictamente agrícola y ganadera, o por el contrario, considerarla como una actividad independiente.

En cualquier caso, la profundidad y rigor que merece este apartado le hace merecedor de una intervención dedicada a su exclusivo estudio. No obstante, recogemos algún pronunciamiento de la Dirección General de Tributos (Ministerio de Economía y Hacienda) ante cuestiones planteadas sobre el tema:

1. Formulada consulta por un promotor de un establecimiento clasificado como "casa de aldeahospedería" sobre la rúbrica de las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) por la que se debe tributar, y sobre la correspondencia con su tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el caso de estimación objetiva, modalidad de módulos, la Dirección General de Tributos (15-06-1994) estima: que la citada actividad económica no tiene rúbrica específica que la clasifique en las tarifas del IAE, aprobadas junto a la Instrucción de éste por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por lo que corresponde la aplicación del procedimiento previsto en la Regla 8ª de la Instrucción, lo cual supone que la actividad de prestación de servicios de hospedaje en fincas rústicas deberá clasificarse, provisionalmente, en el grupo o epígrafe correspondiente a la actividad a la que por su naturaleza más se asemeje y tributará por la cuota asignada a ésta.

²⁴ Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras (BOE de 30 de julio), si se trata de una carretera estatal; o la respectiva normativa de cada CCAA, si se trata de una carretera autonómica.

Examinadas las actividades incluidas en las Tarifas, resulta que la actividad que más se asemeja por su naturaleza a la que se pretende clasificar se encuentra comprendida en el Grupo 685 de la Sección 1ª de las Tarifas que recoge "Alojamientos Turísticos Extrahoteleros", rúbrica esta por la que deberá tributar el consultante.

2. Mucho más reciente es la respuesta de la Dirección General de Tributos (29-01-1998) a una consulta sobre la procedencia de la exención del Impuesto sobre el Valor Añadido en los casos de arrendamiento de una vivienda rural; estimando que estará sujeto pero exento del IVA el arrendamiento de la vivienda rural a personas que la destinen exclusivamente a vivienda, siempre que el arrendador de la misma no se obligue a la prestación de servicios complementarios propio de la industria hotelera.

En otro caso, el mencionado arrendamiento de la casa rural estará sujeto y no exento del Impuesto sobre el Valor Añadido. En particular, será así cuando se alquile a personas jurídicas (dado que no los pueden destinar directamente a viviendas) o se presten los servicios propios de la industria hotelera. En estos supuestos, el tipo impositivo aplicable será el del 16 por ciento o el 7 por ciento, respectivamente.

Para concluir este apartado, nos sumamos a las muchas voces que demandan un tratamiento fiscal específico para el turismo rural.

b. Obligaciones con la Seguridad Social

Respecto al tratamiento que en materia de Seguridad Social debe darse a los titulares de Casas Rurales que se explotan con fines turísticos, existe una *Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 5 de febrero de 1996*, precisamente, tomando como base el Decreto 94/1995, de 4 de abril, sobre ordenación de las Casas Rurales en Andalucía.

En la Resolución mencionada se considera, de entrada, que el régimen del sistema en cuyo campo de aplicación se está dilucidando la procedencia del encuadramiento de los titulares de Casas Rurales es el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, regulado por Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por lo que el análisis de la cuestión se centra en si cumplen o no los requisitos exigidos en el Capítulo II, y, en particular su artículo 2, para la inclusión en dicho Régimen.

Analizando, tanto las fórmulas de explotación de las casas rurales andaluzas (alquiler de vivienda completa o alquiler de habitaciones dentro de una vivienda privada), como los distintos niveles de servicio de atención al cliente (limpieza, comidas, actividades de animación. etc.), este Centro Directivo entiende que lo definitorio para determinar si procede la inclusión o no en el Régimen Especial de Autónomos es la prestación de servicios que se ofrezca en cada supuesto; estableciendo al respecto las siguientes consideraciones:

1). Sobre el requisito de *habitualidad* en la actividad, el carácter pretendidamente ocasional de la ocupación de la unidad o de las habitaciones no es tal, desde el punto de vista de la Seguridad Social, en todos aquellos casos en que las Casas Rurales están disponibles durante todo el año o, al menos, durante la temporada. Si la ocupación es escasa es un problema de demanda, -propio de la noción de riesgo y ventura del empresario-pero no de habitualidad en la actividad, pues el titular se dedica a ella durante todo el año o toda la temporada. En particular, el supuesto de actividad de temporada está expresamente previsto dentro del campo de aplicación del Régimen, en el apartado 2 del Decreto 2530/1970.

2). Por lo que se refiere al *escaso nivel de ingresos* tampoco es causa de exclusión del Régimen Especial de Autónomos., al no estar expresamente prevista por su normativa reguladora.

3). En cuanto a su calificación desde el punto de vista de las normas tributarias como *actividad empresarial o no*, tampoco es un criterio determinante, pues el art. 3, apartado a) del Decreto 2530/1970, incluye en el R.E.Autónomos. "sean o no titulares de empresas individuales o familiares". Es decir, aunque el Ministerio de Economía y Hacienda no considere procedente calificar la actividad de los titulares de Casas Rurales como empresarial, ello no impediría que por efectuar aquellos un trabajo por cuenta propia quedaran incluidos en el campo de aplicación del Régimen.

4). Finalmente la *explotación de la Casa Rural con carácter simultáneo a otra actividad principal de su titular* no es causa de exclusión del Régimen Especial de Autónomos, al contrario de lo que sucede en relación con los trabajadores del Régimen Especial Agrario, ya que aquel Régimen Especial no excluye de su campo de aplicación a trabajadores que realicen otras actividades distintas con carácter habitual por las que perciban la mayor parte de sus ingresos y den lugar a la pertenencia a otro régimen del sistema.

Por otra parte, aun estimando que los servicios prestados son los determinantes de la posible inclusión en el citado Régimen Especial de Autónomos, es evidente que aquéllos no pueden, en todos los casos, identificarse con la realización de una actividad personal y directa que exceda de la mera obtención de rentas derivadas del capital inmobiliario, supuestos que, lógicamente, no dan lugar a dicho encuadramiento.

Al margen de lo señalado, y para dar una respuesta adecuada a la cuestión objeto de consulta, es necesario atender al marco normativo en que se insertan las referidas actividades de explotación de Casas Rurales. Se constata, de esta forma, que la *Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias*, al definir éstas (art. 2.3), incluye como elemento de las mismas la vivienda con dependencias agrarias y considera que las actividades turísticas realizadas por el agricultor profesional en su explotación son complementarias de las propiamente agrarias (art. 2.5). Asimismo, y a efectos de que una explotación agraria pueda tener la consideración de prioritaria, se establecen (art.

4), entre otros, los requisitos de que su titular sea agricultor profesional y esté dado de alta en el Régimen Especial Agrario o en el de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en función de su actividad agraria, o, en su defecto, acredite su profesionalidad agraria.

El concepto de profesionalidad agraria a que se refiere la citada Ley pudiera conectar con la condición determinante de la inclusión en el R.E. Agrario, recogida en el art. 2 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 38/1966, y 41/1970, por las que se establece dicho Régimen, a saber, la realización en forma habitual y como medio fundamental de vida de labores agrarias. Por ello, no parece coherente desvincular del núcleo de tales actividades, para darles un tratamiento aislado en materia de Seguridad Social, las que por la propia Ley 19/1995, son consideradas tareas complementarias de la misma actividad.

En consecuencia, por motivos de coherencia y con el exclusivo objeto de no perjudicar las finalidades perseguidas por la citada Ley 19/1995, procede considerar que la actividad consistente en la explotación de Casas Rurales por su titular no debe dar lugar a la inclusión del mismo en un Régimen de Seguridad Social distinto del que le hubiera correspondido por la realización de actividades agrarias. Todo ello sin perjuicio de la obligación de comunicar el alta y cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena empleados en la gestión, limpieza y mantenimiento de las citadas Casas Rurales.

ANEXO

REGULACIÓN Y TIPOLOGÍA DE LOS ALOJAMIENTOS RURALES EN LAS
DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

COMUNIDAD AUTÓNOMA	NORMATIVA	TIPOLOGÍA DE ALOJAMIENTOS RURALES
ANDALUCÍA	- Decreto 94/1995, de 4 de abril, de ordenación de alojamientos en casas rurales andaluzas.	- Casas Rurales.
ARAGÓN	- Decreto 69/1997, de 27 de mayo, sobre ordenación de viviendas de Turismo Rural.	1- Viviendas de turismo rural de alojamiento compartido. 2-Viviendas de turismo rural de alojamiento no compartido. 2- Viviendas de turismo rural de alojamiento no compartido. a) Casa de Turismo Rural. b) Apartamento de Turismo Rural.
ASTURIAS	- Decreto 26/1991, de 20 de febrero. - Resolución de 26 de abril de 1993, por la que se desarrolla el Decreto 26/1991.	1- Casas de Aldea.
BALEARES	- Decreto 62/1995, de 2 de junio. - Orden de 13 de octubre de 1995 por la que se desarrolla el Decreto 62/1995.	1- Hotel Rural. 2- Agroturismo. 3- Alojamientos de turismo de interior.
CANARIAS	- Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo.	- Establecimientos de Turismo Rural.
CANTABRIA	- Decreto 31/1997, de 23 de abril, sobre alojamientos y actividades turísticas en el medio rural.	1- Palacios y Casonas cántabras. 2- Posadas de Cantabria. 3- Casas de Labranza. 4- Viviendas Rurales. 5.- Albergues turísticos.
CASTILLA Y LEÓN	- Decreto 84/1995, de 11 de mayo, de ordenación de alojamientos de turismo rural. Orden de 27 de octubre de 1995, de desarrollo del Decreto 84/1995.	1- Casas Rurales. a) De alquiler. b) De alojamiento compartido. 2- Posadas. 3- Centros de Turismo Rural.
CASTILLA-LA MANCHA	- Decreto 43/1994, de 16 de junio, de ordenación de los alojamientos en casas rurales.	1 - Casa Rural de alojamiento compartido. 2.- Casa Rural de alquiler. 3.-Casas de Labranza.
CATALUÑA	-Decreto 214/1995, de 27 de junio, por la que se regula la modalidad de alojamiento turístico en residencia-casa de pagés.	- Residencia-Casa Pagés. a- Masía. b- Casa de Pueblo. c- Alojamiento Rural Independiente.

COMUNIDAD AUTÓNOMA	NORMATIVA	TIPOLOGÍA DE ALOJAMIENTOS RURALES
EXTREMADURA	- Decreto 132/1992, de 15 de diciembre, por el que se crea la modalidad de "alojamiento en el medio rural".	1- Hospederías. 2- Casas Rurales. 3- Agroturismo.
GALICIA	- Orden de 2 de enero de 1995, de ordenación de establecimientos de turismo rural. Modificada por la Orden de 7 de mayo de 1996.	1- Grupo A: Pazos, castillos, monasterios, casas grandes y casas rectorales. 2- Grupo B: Casas de Aldea. 3- Grupo C: Casas de Labranza. Los Grupos A y B pueden clasificarse, a su vez en: a) Hospedería. b) Residencia.
MURCIA	- Decreto 79/1992, de 10 de septiembre, por el que se regula la actividad de alojamientos turísticos especiales en zonas de interior.	- Alojamiento Turístico Especial de Interior (a título enunciativo): Residencias de campo, molinos y almazaras, viviendas en huertos, torres, etc.
NAVARRA	- Decreto 1057/1993, de 22 de marzo, por el que se aprueba la reglamentación de las Casas Rurales. Decreto 53/1995, de 20 de febrero, que modifica parcialmente el anterior.	1- Casa Rural de alojamiento compartido. 2- Casa Rural de alquiler.
PAÍS VASCO	- Decreto 295/1988, de 8 de noviembre, por el que se crea la modalidad de alojamiento turístico agrícola. Derogado parcialmente por el Decreto 126/1996, de 28 de mayo, por el que se regulan los establecimientos turísticos en el medio rural. Decreto 210/1997, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 126/1996.	- Alojamiento Turístico Agrícola o "Establecimientos Agroturísticos".
LA RIOJA	- Decreto 11/1994, de 24 de febrero, sobre ordenación de los alojamientos en posadas. Decreto 8/1995, de 2 de marzo, sobre ordenación de los alojamientos en Casas Rurales.	1- Posadas. 2- Casas Rurales.
COMUNIDAD VALENCIANA	- Decreto 253/1994, de 7 de diciembre, por el que se regula el alojamiento turístico rural.	1- Casas Rurales. a) De alojamiento compartido. b) De alojamiento no compartido. 2- Acampada en finca particular con vivienda habitada. 3- "Albergue Turístico".

Fuente: Elaboración propia.

9

CANCELACIÓN, DESISTIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL

CONTRATO DE
VIAJE COMBINADO:
SUPUESTOS
LEGALES

CANCELACIÓN, DESISTIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DEL VIAJE COMBINADO: SUPUESTOS LEGALES*

Alicia de León Arce

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN¹

La importancia social y económica del fenómeno turístico en la actualidad es evidente², sin embargo, los privatistas, al menos hasta ahora, le hemos concedido escasa atención a las relaciones jurídicas que de él se derivan y de hecho, el desarrollo y la evolución del Derecho privado en este campo se ha producido en muchos casos, a través de la necesidad, de transposición de una Directiva comunitaria al Derecho interno³. En el fondo, existía una necesidad de mercado de lograr unas reglas comunes mínimas por las que el sector se desenvuelva.

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 22 de mayo de 1998.

1. Felicito a la Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, al Ilustre Colegio de Abogados de Málaga y al Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga por la organización de estas interesantes Jornadas de Derecho Turístico y agradezco de corazón la amable invitación que me han hecho para participar en ellas junto a personalidades tan distinguidas y a tan queridos colegas y amigos. Gratitud muy especial dedico al Prof. Auriolos Martín, pues me ha permitido, entre otros muchos placeres, volver a mis orígenes.

2. En "Los europeos y las vacaciones", estudio realizado en 1985 por la dirección General de Transporte y Turismo de la Comisión CEE, se ponía de relieve con un 56% de adultos europeos habían salido de viaje en vacaciones, bien en su propio país o al extranjero, lo que traducido en cifras suponía que ya entonces 140,7 millones de personas viajaban por los distintos Estados miembros, generando riqueza y puestos de trabajo, aunque también en muchos casos, padeciendo y sufriendo problemas derivados de la contratación de esas vacaciones.

En España, los datos económicos son abrumadores. Según se desprende de los recogidos en "Turismo en cifras", Instituto de Estudios turísticos, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1998, los ingresos por turismo en 1996 fueron de 27,4 millones de dólares; en 1995 nos visitaron 57.594.600 extranjeros; en 1996, 60.654.500 y en 1997, 64.552.500, de los que 43.402.690 fueron turistas y el resto excursionistas, lo que supone un crecimiento del 7,1% superando el 12% de incremento de los ingresos por turismo en la Balanza de Pagos, de acuerdo con datos del Banco de España.

Por otra parte, según la estadística FAMILTUR, del Instituto de Estudios Turísticos, durante 1997 hasta el mes de agosto, los españoles habían realizado un total de 33.300.000 viajes.

Para 1998, parece que 45 millones de turistas han elegido España como destino de sus vacaciones y con ello, los ingresos netos por turismo superaran los cuatro billones de pesetas (más del 10% del PIB), en "El País. Negocios", Domingo 28 de junio, 1998.

3. ALPA, G.: "Dalla tutela del consumatore alla tutela dell'utente. Il caso del turista", en la tutela del turista, a cura di Slingari y Zeno-Zencovich, ESI, Napoli, 1993, pág. 20.

Los viajeros, destinatarios finales de los servicios y productos turísticos ofertados padecían con demasiada frecuencia, desagradables sorpresas derivadas de distintas formas de incumplimiento de lo pactado por parte de la empresa con la que contratan sus viajes o vacaciones, perteneciente a veces a otro país y sometido su contrato a un diferente sistema normativo para ellos desconocido.

La protección de viajero y su consideración como usuario del turismo se inicia por la vía de los Convenios, a través de la intervención pública de control sobre el desarrollo de la actividad de las empresas turísticas. Más adelante, contemplando el reparto de riesgos entre productores turísticos y viajeros, comienza el tránsito desde una responsabilidad basada en la culpa hacia la consideración de una responsabilidad objetiva basada en el riesgo empresarial⁴.

El desarrollo económico y la sociedad de masas son el detonante de la aparición de una nueva fórmula contractual de viaje. Los llamados viajes combinados, "a forfait", paquetes turísticos, etc... responden a la necesidad de amplios estratos sociales que desean utilizar su tiempo libre para hacer un viaje, pero carecen de ganas, capacidad. o de tiempo para organizarlo por su cuenta. Interviene aquí un organizador profesional que olfateando el mercado percibe esa necesidad y prepara viajes o vacaciones teniendo presente todos sus aspectos, y al hacerlo para un número elevado de personas y organizar un gran número de viajes colectivos, consigue notables beneficios económicos, por lo que además de organizado, puede ofrecer el viaje en el mercado a un precio sumamente ventajoso frente al precio que obtendría un turista autónomo⁵. De esta fórmula resulta un turismo cuyos "platos" están recogidos en un menú prefijado y donde, salvo excepciones, no se puede escoger a la carta⁶, pero que tiene una gran acogida en el mercado⁷ y dada la inicial ausencia de regulación normativa de los mismos, han sido fuente de numerosos fraudes y conflictos⁸.

La protección del viajero se inicia de forma fehaciente cuando empieza a ser considerado como usuario de servicios turísticos y se le reconoce su condición de consumidor en sentido estricto, asumiendo los poderes públicos la necesidad de ser tutelado de modo particular como contratante débil frente al poder de las empresas turísticas, constatándose que las decisiones derivadas de la necesidad de evasión son menos reflexivas y por ello más arriesgadas. El viajero está más expuesto que otros consumidores a riesgos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de las prestaciones de que es acreedor y la normativa, tendencialmente orientada a privilegiar los intereses de las empresas turísticas sobre los de los turistas, no parece favorecerles demasiado⁹.

4. Así, Convenio de Berna (1890) sobre transporte de personas en ferrocarril, modificado en 1980; Convenio de París (1962) sobre la responsabilidad de los hoteleros respecto de las cosas depositadas por el viajero en el hotel; Convenio de Bruselas (1970) sobre contratos de viaje; Protocolo de Guatemala (1971) sobre transporte aéreo que introduce una responsabilidad empresarial de carácter objetivo; Convenio de Atenas (1974) sobre transporte marítimo de personas, por citar algunos ejemplos.

5. ARATO, M.: "Le condizioni generali di contratto e i viaggi turistici organizzati", Riv. Dir. Comm, 1982, pág. 361.

6. MINERVINI, E.: "Il contratto turistico", Riv. Dir. Comm. 1974, pág. 275.

7. En el estudio comunitario citado "Los europeos y las vacaciones" (1986), un 13% declaraba haber elegido este tipo de viaje por incluir normalmente transporte, alojamiento y diversión a un precio razonable.

8. GOYENS, M y VOS, E.: "Les litiges de consommation transfrontières dans la CEE", Rev. Eur. Droit de la Consomm, 1991/4, pág. 207 y ss.

9. En idéntico sentido, DEIANA, M.: "La salvaguardia del diritto del turista: Dalla tutela contrattuale al difensore civico", en La tutela del turista, ob.cit., pág. 325.

Por todo ello, la tutela del turista como consumidor empieza a ser considerada desde dos planos diversos: desde la óptica de la intervención pública en el sector turístico y desde la relación del viajero-consumidor con el organizador del viaje o con el intermediario que le vende el viaje¹⁰. Ambos planos se perciben en las repuestas del Derecho comunitario a los problemas del sector turístico, dando un importante paso al frente con la pretensión de lograr una base normativa mínima común en todos los Estados miembros.

El concepto de Derecho privado europeo, lejos aún de cobrar un sentido supranacional, comienza a compartir cierto contenido en temas contractuales, entre los que la Directiva 90/314 y su transposición a los distintos derechos nacionales de los Estados miembros es un ejemplo¹¹, ya que considera al turismo como motor económico, laboral y de desarrollo, pero también como factor decisivo de integración social y cultural¹².

En España, la transposición de dicha Directiva al Derecho interno por Ley 21/1995 de 6 de julio relativa a los viajes combinados (desde ahora, LVC), junto con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (desde ahora, LCU) como legislación subsidiaria, constituyen el marco jurídico sustantivo por excelencia del consumidor que contrata este tipo de viaje y padece un defectuoso cumplimiento de las condiciones ofertadas¹³. Tal vez, de todo su contenido, los problemas más importantes para el consumidor se deriven de la cancelación por parte del organizador del viaje antes de la partida, desistimiento unilateral del propio consumidor o del incumplimiento del contrato una vez iniciado el viaje. Pasamos a examinar por tanto las condiciones legales destinadas a regular tales situaciones y cuáles son las armas que el ordenamiento jurídico le concede para defender sus derechos.

II. CANCELACIÓN DEL VIAJE COMBINADO

El supuesto de hecho a que nos referimos es el siguiente: el organizador del viaje o de las vacaciones combinadas¹⁴ efectúa su cancelación antes de la fecha de salida determinada en el contrato y puede hacerlo por cualquier motivo que no sea imputable al consumidor (art. 4.1.6. Directiva 90/314 y art. 9 LVC). ¿Qué derechos y facultades tienen el consumidor al respecto?

10. ROMANELLI, G.: "Introduzione", en *La Tutela del Turista*, op. cit., págs. 13 y 14.

11. Según datos de 3 de noviembre de 1997, dicha Directiva estaba traspuesta en todos los Estados miembros. Vid. "INFO-C", Vol. VII, nº 6, 1997, pág. 6.

12. En "1990, Año Europeo del Turismo", Documentos Europeos, feb. 1990; CICCONE, R.: "Turismo e turisti nella normativa e nella giurisprudenza comunitaria", *Rivista di Diritto Europeo*, jul-sep. 1994, pág. 479.

13. Con anterioridad, tan sólo normas administrativas de habían dedicado a regular aspectos relativos a la función de las agencias de viajes. Así Orden de 26 de febrero de 1963 (BOE de 15 de marzo) sobre regulación del ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes; Decreto 1524/1973, de 7 de junio y Reglamento aprobado por Orden de 9 de agosto de 1974, derogados ambos por R.D. 271/1988 de 25 de marzo (BOE de 29 de marzo) sobre ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes y Orden de 14 de abril de 1988 (BOE 22 de abril), que desarrolla el RD. 271/1988, todavía en parte vigente.

14. La propuesta de directiva del Consejo relativa a los Viajes Combinados, las Vacaciones Combinadas y los Circuitos Combinados de 21 de marzo de 1988 (Com(88) 41 final), pág. 12 señala la diferencia entre vacaciones combinadas cuando el viaje tiene un sólo destino y viajes combinados, varios destinos, incluyendo entre tales conceptos los desplazamientos nacionales o al extranjero para asistir a conferencias, fines médicos, profesionales, etc. combinados con ocio.

El art. 9.1, 2 y 3 LVC regula de forma un tanto confusa la facultad de cancelación del viaje combinado anterior a la partida por parte del organizador¹⁵, incluyéndola junto a los efectos de la resolución del contrato por parte del consumidor en el caso de que el organizador hubiera introducido modificaciones en elementos esenciales del mismo (art. 8 LVC) y lo hace en los siguientes términos¹⁶.

El organizador cancela el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada, por cualquier motivo que no le sea imputable al consumidor: Parece deducirse que estamos ante un contrato ya celebrado con entrega de bonos y pago por parte del precio (reserva confirmada y pago de anticipo) o pago total. No olvidemos que para que opere la resolución se necesita la "existencia de un vínculo contractual vigente, reciprocidad de las prestaciones estipuladas y de su exigibilidad" (STS de 16.4.1991) ¿Qué alcance puede tener "cualquier motivo"? ¿Puede ser la quiebra del organizador o del detallista una de las causas? Pasamos a examinar detalladamente las hipótesis contenidas en el precepto y las consecuencias jurídicas que para el consumidor se derivan.

El precepto parece querer aludir a dos supuestos de cancelación del viaje combinado antes de la fecha de salida acordada: por voluntad de la agencia de viajes organizadora o por fuerza mayor:

1. Por voluntad del organizador: Pueden darse dos hipótesis:

1.A. Contrato de viaje combinado ya celebrado entre el consumidor y el organizador o intermediario, en definitiva, la agencia de viajes, que el organizador

¹⁵. Derecho de cancelación general no contenido de forma expresa en la normativa administrativa española anterior, pero en cierto modo implícito en el art. 32 de la Orden de 14 de abril de 1988.

¹⁶. Art. 9 LVC: 1. "En el supuesto de que el organizador cancele el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada, por cualquier motivo que no le sea imputable al consumidor, éste tendrá derecho, desde el momento en que se produzca la resolución del contrato, al reembolso de todas las cantidades pagadas. con arreglo al mismo, o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior siempre que el organizador o detallista pueda proponérselo. en el supuesto de que el viaje ofrecido fuera de inferior calidad, el organizador o el detallista deberá reembolsar al consumidor, cuando proceda en función de las cantidades ya desembolsadas, la diferencia de precio, con arreglo al contrato. Ese mismo derecho corresponderá al consumidor que no obtuviese confirmación de la reserva en los términos estipulados en el contrato.

2. "En los anteriores supuestos, el organizador y el detallista serán responsables del pago al consumidor de la indemnización que, en su caso, al consumidor corresponda por incumplimiento del contrato, que en ningún supuesto podrá ser inferior al 5% del precio total del viaje contratado, si el citado incumplimiento se produce entre los dos meses y quince días inmediatamente anteriores a la fecha prevista de realización del viaje; el 10% si se produce entre los quince y tres días anteriores y el 25% en el supuesto de que el incumplimiento citado se produzca en las 48 horas anteriores".

3. "No existirá obligación de indemnizar en los siguientes supuestos:

a) Cuando la cancelación se deba a que el número de personas inscritas para el viaje combinado sea inferior al exigido y así se comunique por escrito al consumidor antes de la fecha límite fijada a tal fin en el contrato.

b) Cuando la cancelación del viaje, salvo en los supuestos de exceso de reservas, se deba a motivos de fuerza mayor, entendiéndose por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de haber actuado con la diligencia debida".

cancela unilateralmente sin causa justificativa¹⁷. Si partimos de un contrato ya celebrado, la cancelación por parte del organizador por cualquier causa, producirá la extinción del contrato por imposible cumplimiento de la prestación acordada según el modo y término pactados. Por esta razón, el consumidor tiene derecho, desde el momento en que el organizador cancela, a ser notificado de la misma, y una vez conocida, a resolver el contrato y no es cierto, como parece derivarse del tenor literal del precepto, que la cancelación produzca “ipso iure” la resolución del contrato; puesto que la parte cumplidora en todas las obligaciones bilaterales, tiene derecho a ser notificado para poder resolver sólo el contrato y con ello de entrada, obtener el reembolso de todas las cantidades pagadas con arreglo al mismo, además de poder también exigir un cumplimiento por equivalente, y con ello, una novación objetiva de la obligación, a través de la aceptación de una nueva oferta para la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior siempre que el organizador o detallista pueda proponérselo¹⁸.

En el caso de que el viaje ofrecido fuese de inferior calidad, el organizador o el detallista deberá reembolsar al consumidor, cuando proceda, en función de las cantidades ya desembolsadas, la diferencia de precio, con arreglo al contrato.

Insisto en la idea básica en Derecho civil de resolución de las obligaciones bilaterales: es solamente la imposibilidad sobrevenida de la prestación la que otorga la facultad resolutoria al contratante que la padece, en esta relación, el quedarse sin viaje por el puro hecho objetivo del futuro incumplimiento que se produce también cuando la prestación es imposible (aplicación del art. 1124 CC por imposibilidad sobrevenida). De esta manera el problema del “periculum obligationis” se soluciona reconociendo que la parte que sufre por ser acreedora la imposibilidad sobrevenida de hacer el viaje de sus sueños, aunque sea fruto de caso fortuito, tiene abierta la vía de la resolución del contrato, pudiendo desligarse de la obligación que tuviese a su cargo y optar por pedir una prestación equivalente o desligarse con indemnización de los daños que se le hayan causado¹⁹.

A pesar de que del tenor del art. 1124 CC pudiera deducirse la necesidad de ejercitar la resolución por vía judicial, la Jurisprudencia tiene establecido de forma reiterada que la puede ejercitar mediante “declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte” (STS 24.10.1995)²⁰, por ello, tanto la notificación fehaciente de cancelación por parte del organizador como la decisión del consumidor de resolver el contrato, podrán hacerse por cualquier medio, escrito, oral o telemático.

17. Es el organizador y no el detallista quien realmente, en el ejercicio de su función empresarial “fabrica” el viaje, por eso se excluye en esta hipótesis al detallista, que es simplemente el vendedor del mismo, lo que no impide que tanto uno como otro puedan responder de los resultados jurídicos y económicos de la cancelación, en virtud de las obligaciones que les correspondan por su ámbito de gestión del viaje combinado (art. 11.1 LVC). En este sentido, GÓMEZ CALERO, J. “Régimen jurídico del contrato de viaje combinado”, Dykinson, Madrid, 1997 págs. 152 y 153.

18. Como indica comentando el antecedente comunitario, art. 4.6 de la directiva AURIOLES MARTIN, A.: “La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación a la normativa española de agencias de viajes”, RDM, nº 206, 1992, pág. 852 y ss., “el consumidor queda entonces facultado para optar por exigir un cumplimiento por equivalente mediante la realización de un viaje sustitutivo de igual o superior categoría que el frustrado... o la devolución de la cantidad satisfecha”.

19. DIEZ-PICAZO, L.: Fundamentos de Dº patrimonial”, II, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, págs. 655 y 656.

20. GIL RODRÍGUEZ, J.: “Manual de Dº Civil”, T.II, Puig Ferriol y otros, Pons, Madrid 1996, pág. 137.

El problema fundamental estriba en concretar hasta cuando puede hacerse: ¿Hasta la víspera del día de la salida?. Esa parece ser la respuesta del legislador teniendo presente los exiguos plazos de antelación que dan lugar a indemnización por cancelación del organizador (en 48 horas anteriores) lo cual no deja de ser una medida netamente abusiva para el consumidor, ya que se puede quedar sin el soñado viaje o sin vacaciones, prácticamente la víspera de la salida.

Se debería aplicar al menos y por analogía, el plazo de 10 días exigido para la cancelación por no alcanzar el número mínimo de viajeros exigido, o el de 20 días para no poder revisar los precios.

Tampoco se le otorga al consumidor tiempo suficiente para responder y meditar su respuesta ante las posibilidades que se le ofrecen ante la cancelación: resolución con devolución e indemnización o nuevo viaje igual, mejor o peor, a diferencia de lo que sucede en la hipótesis de la modificación del contrato, que se le conceden tres días a partir de ser notificado de esta circunstancia (art. 82.2 LVC).

1.B. El precepto (art. 9.1 in fine LVC) continua diciendo que este mismo derecho corresponderá al consumidor que no obtuviese confirmación de la reserva en los términos estipulados en el contrato²¹, en relación directa con lo estipulado en el art. 4.1.ñ) LVC, que señala como contenido de las cláusulas contractuales que por escrito deben constar en el contrato: "El plazo en que el consumidor podrá exigir la confirmación de sus reservas". Las dificultades de interpretación de lo que el legislador quiere decir en estas disposiciones se palpa en la doctrina²².

Cabe, en primer lugar preguntarnos que contenido práctico puede tener la expresión "confirmación de reserva de viaje combinado en plazo"²³. Aparentemente, para el legislador la no confirmación de reserva en los términos estipulados en el contrato es una forma de extinción del contrato, equi-

21. Podríamos elucubrar sobre cuales pueden ser las causas por las que el consumidor no ha recibido la confirmación de su reserva. ¿Podría tratarse de una sobreocupación o "overbooking" entendido como exceso de reservas en el transporte o compañía aérea elegida por el organizador?; ¿Se trata de un viaje de 50 plazas y existe una demanda excesiva de consumidores que lo han reservado y prima el principio de prioridad temporal? Cualquiera de ellas puede ser válida, además de muchas otras.

22. DE LA HAZA DÍAZ, P.: "El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes", M. Pons, Madrid, 1997, pág. 161, precisa de forma acertada como la mala técnica legislativa seguida en la transposición de la Directiva 90/314 se evidencia en la equiparación "en cuanto a la regulación y efectos de la cancelación del viaje combinado, que se supone un tipo de extinción de contrato válido, con la no confirmación de la reserva, que supone por definición que la agencia sólo ha garantizado al consumidor la reserva de su plaza para la realización de un determinado viaje, pero que aún no existe contrato de viaje combinado". Abundando en esta idea, SANTOS MORÓN, M.J.: "El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados", EC nº 42, 1997 pág. 23 y ss. considera, que una vez aceptada la oferta contractual por el consumidor "mediante la realización de la oportuna reserva o solicitud de plaza (siempre y cuando ésta no precise confirmación por parte del organizador del viaje) el acuerdo vincula definitivamente a la empresa oferente frente al adquirente del viaje combinado" (págs. 37 in fine y 38), luego a sensu contrario, hay que considerar que si la confirmación de la reserva fuese necesaria y no la obtuviera, el consumidor no quedaría vinculado por contrato alguno.

23. De la normativa administrativa española puede deducirse que la reserva se confirma cuando se hace por parte del consumidor un depósito del 40% del precio total de viaje y la agencia de viajes le entrega un recibo justificativo o se asimila con la perfección del contrato, cuando al consumidor se le dan los bonos de viaje y la correspondiente factura (ex. arts. 24 y 26 de la Orden de 14 de Abril de 1988).

parando la cancelación de un viaje combinado ya contratado, que se anula unilateralmente por el organizador sin causa justificativa, con la no confirmación de la reserva, que no tiene más significado que la agencia, aún manteniendo el viaje en las condiciones ofertadas por el organizador, no pueden garantizar al consumidor que ha hecho reserva de plaza para hacer determinado viaje, la posibilidad de hacerlo.

La ley entiende que, a efectos prácticos, al consumidor le daría lo mismo no hacer ese viaje, tanto si el organizador lo cancela como si no le confirman la reserva porque no queda plaza para él; pero lo que está claro es que en este momento, todavía no existe realmente el contrato de viaje combinado, sino un simple pacto que se da en fase precontractual, no sólo aquí sino en muchas otras más situaciones²⁴, por lo que tan sólo la protección del consumidor para obtener la devolución justifica la inclusión aquí de esta hipótesis y recuperar así las cantidades de dinero adelantadas, pero no la indemnización, que sólo se genera por incumplimiento. La Agencia retira la oferta de viaje combinado que el consumidor pretendía aceptar, pero no ha podido hacerlo por la cancelación anticipada de aquélla por parte del oferente.

En este punto, la doctrina italiana²⁵ distingue, a mi modo de ver con buen criterio, entre contrato ya formado (pago de la reserva y confirmación del organizador) y contrato no formado (falta la confirmación del organizador y/o detallista). En el primer caso, existe verdadero desistimiento del contrato por parte del organizador y posibilidad de resolución por parte del consumidor, con devolución del pago correspondiente que hubiese hecho y, en su caso, la cláusula penal indemnizatoria. En el segundo, revocación de la oferta onerosa, condicionada al pago de una indemnización, buscando con ello el equilibrio ante la posición del cliente y del organizador. La diferencia más importante desde un punto de vista estrictamente jurídico, es que el cliente se vincula en el acto de reserva o inscripción del viaje combinado, mientras que el organizador puede elegir en que momento se vincula.

Concluyendo, podemos afirmar que en caso de cancelación del viaje por el organizador y de no confirmación de su reserva en el plazo estipulado en el contrato, el consumidor puede optar en plazos exigüos según se deduce de los establecidos para la posible indemnización por recibir el reembolso de todas las cantidades pagadas (efecto típico resolución contractual pero no de las anulaciones de reservas)²⁶, o, sólo si el organizador se lo propone, aceptar otro viaje de calidad equivalente o superior, sin reembolso o aceptar otro viaje de calidad inferior con derecho de reembolso de la

24. DÍAZ ALABART, S.: "Art. 10.1.c) LCU" en Comentarios a la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, Coord. Bercovitz y Salas, Civitas, Madrid, 1992, pág. 285, menciona entre otros, los pactos de reserva para la adquisición de inmuebles; la SAP de Barcelona de 15 de enero de 1990, alude al contrato de reservas de plazas hoteleras entre un hotel y una empresa de viajes, diferenciándolo del de una simple promesa "in contrahendo", de un precontrato y de un contrato de compromiso. En caso de incumplimiento de los pactos de reserva puede derivarse un derecho de devolución de la cantidad adelantada como tal, la oferta de otra prestación distinta a la reservada y, en su caso, una indemnización extracontractual en base al art. 1902 CC, dado que todavía no existía el contrato.

25. ROPPO, E.; "Contratti turistici e clausole vessatorie", en La tutela del turista, op. cit., págs. 102 y 103.

26. En este sentido, DE LA HAZA DÍAZ, P.: "El contrato de viaje...", op. cit., pág. 162 nota nº 41 y doctrina allí citada, la autora deja claro que en los pactos de reserva no confirmados, el efecto general es el de la pérdida de la cantidad adelantada, por lo que el legislador ha equiparado los efectos de la cancelación del contrato con los de reserva no confirmada en base al principio "pro consumatore".

diferencia de lo que hubiese adelantado para el viaje anterior en concepto de reserva. Desde la óptica del Derecho civil patrimonial, resulta curioso que sea el incumplidor quien pueda ofrecer la posibilidad de optar por un cumplimiento equivalente con exigencia de reequilibrio económico de las prestaciones.

La problemática interpretación del art. 9 llega a su punto culminante en el tema de la **posibilidad de indemnización**²⁷ que establece en su apartado 2º para el consumidor, abriendo un nuevo interrogante al decir "En los supuestos anteriores (en referencia al apartado 1º, recordemos: alteración de elementos esenciales del contrato; cancelación del viaje por el organizador por causa no imputable al consumidor que den lugar a resolución y no confirmación de la reserva en el plazo estipulado en el contrato), el organizador y -copulativa- el detallista, serán responsables del pago al consumidor de la indemnización que, en su caso, corresponda **por incumplimiento del contrato** -lo que hace que se excluya inmediatamente el supuesto de no confirmación de la reserva en el plazo estipulado en el contrato, por que no llegó a existir- y en ningún supuesto podrá ser inferior a:

El 5% del precio total del viaje contratado, si el citado incumplimiento se produce entre los 2 meses y 15 días inmediatamente anteriores a la fecha prevista de realización del viaje; el 10% si se produce entre los 15 y 3 días y el 25% en el supuesto de que el incumplimiento citado se produzca **en las 48 horas anteriores** (2 días). Plazo que considero realmente corto, pues si para comunicar su decisión por modificación en elemento esencial -si es el precio, 20 días ex.art. 9.1- se le conceden tres días para pensar, decidir y comunicar que resuelve y acepta o no el nuevo contrato y si no lo hace, se entiende que elige la resolución; en este caso no se respeta ni siquiera dicho plazo, ni tampoco el concedido para la cancelación por falta de número mínimo exigido para conseguir el grupo que es de 10 días (art. 4.1.f LVC). Creo que en esta situación no se protege adecuadamente al consumidor, sino que se le deja peor que si se hubiese sometido a las reglas del Código civil por incumplimiento contractual y la correspondiente interpretación jurisprudencia de las mismas.

Otra cuestión espinosa que se plantea es **determinar cómo responden organizador y detallista** de la indemnización que se deriva de la cancelación unilateral del viaje por parte del primero. La copulativa empleada en el texto puede dar lugar a dar una respuesta inicial rápida: res-

27. Para AURIOLES MARTÍN, A.: "La Directiva..." loc. cit., el legislador comunitario reconoce al consumidor además y si procede, el derecho de una indemnización "id quod interest" a cargo del organizador o del minorista, según establezca la normativa nacional.

28. En el caso de la SAP 26.02.1993 Barcelona (Sec. 15), los demandantes actuaron en grupo, unidos por vínculos de amistad, contratando un viaje a la India escogido en un folleto de una mayorista que se debía celebrar del 5 al 23 de agosto de 1989, cuyo precio, 330.000 ptas. abonaron íntegramente. Cuatro días antes de la salida, la agencia comunica a uno de ellos que la compañía aérea había cancelado el vuelo Londres-Nueva Delhi y el 4 de agosto se les informa de la definitiva anulación del viaje contratado y se les devuelve el importe pagado. Conociendo después los defraudados viajeros que el vuelo se llevó a efecto, deciden demandar a la agencia de viajes, alegando que su actuación provocó un incumplimiento contractual que les había causado un grave perjuicio moral al frustrar las expectativas e ilusiones depositadas por el grupo en el viaje previsto. El Tribunal, confirmando la sentencia del Juez de 1º Instancia, obliga solidariamente a las agencias Mayorista y Minorista a abonar a cada uno de los demandantes 175.000 ptas, condenándolas además al pago de las costas procesales.

ponden solidariamente²⁸, pero al no decir el precepto de forma expresa esta posibilidad, según el art. 1137 CC, regla sustantiva de la solidaridad, no se puede presumir²⁹. La única interpretación posible que nos queda es entender que responde de forma principal aquélla de las dos con quien contrató el consumidor -la agencia de viajes- y de forma subsidiaria, la otra, quien normalmente será la organizadora, responsable directa de la cancelación³⁰.

La calificación del viaje proyectado y ofertado por la agencia a precio global -el llamado viaje combinado- como "producto turístico" que de la propia normativa española anterior a esta ley se deduce, pues puede ayudar a reconducir la cuestión al ámbito del Código Civil. Reflexionemos sobre los siguientes aspectos. Si la agencia prevé que no va a poder cumplir lo pactado antes de iniciarse el viaje, ¿Cual es la consecuencia de su incumplimiento? aparentemente, la misma que se contiene en el art. 1124 CC: el consumidor -aspirante a realizar aquél viaje con aquellas prestaciones- que ha cumplido con la obligación que se comprometió -el pago del precio global ofertado en la forma acordada-, puede optar entre exigir el cumplimiento de la agencia por equivalente ya que en natura es imposible, o por la resolución del contrato, con devolución de las cantidades pagadas (ex.art. 32 de la O. de 14 de abril de 1988, art. 4.6 Directiva 90/314 y 9.1. LVC), y si procede, a una indemnización por los daños que se le hayan irrogado del incumplimiento del contrato. Con las reglas del Código Civil en la mano, si la cosa futura o producto turístico se prevé que a nacer defectuoso, la agencia deberá ofrecer al usuario la posibilidad de optar entre el reembolso de todo lo abonado, o la sustitución por otro de similares características en cuanto categoría y calidad. Si de esta sustitución la prestación resulta de inferior categoría o calidad, la agencia deberá reembolsar esta diferencia³¹.

Esta obligación de indemnizar es irrenunciable como derecho o facultad del consumidor, pero cesa para la agencia de viajes cuando la cancelación del viaje combinado se hubiese originado por una de estas dos causas (art. 9.3. LVC), además de cualquier motivo imputable al consumidor o consumidores (ex. art. 9.1) que actúan como exoneratorias de responsabilidad:

a) Número de personas inscritas para el viaje inferior al exigido en el folleto

y comunicación por escrito al consumidor en un plazo no inferior a 10 días antes de la fecha fijada de salida en el contrato (art. 4.1.f) LVC, considerada como "causa suficiente" por razones de tipo económico del organizador(arts. 30 y 31.b) O. 14.A.1988 y art. 4.6.b.i) Dir.90/314), pues la necesaria actividad preparatoria de una prestación de carácter complejo que debe acometer el deudor de

²⁹. Como aparecía en el art. 9.2 del Proyecto de la Ley Reguladora de Viajes Combinados (BOCG de 6 de febrero de 1995) y en el Informe de la Ponencia (BOCG de 3 de mayo de 1995), pero eliminada a partir de las Enmiendas del Senado (BOCG de 27 de junio de 1995).

³⁰. DE LA HAZA DÍAZ, P.: "El contrato de .." ob. cit., pág. 166, considera que sí el consumidor contrata con un detallista que ostenta una representación indirecta del organizador, podrá dirigirse contra aquél para exigir la indemnización que le corresponde según el art. 9.2 LVC, teniendo el detallista acción de regreso contra el organizador, por ser éste quien ha provocado la extinción del contrato; si por el contrario, el detallista ostenta una representación directa y en el contrato aparece como parte del organizador, la acción deberá dirigirse directamente contra él, porque el origen de la indemnización entra en el ámbito de su gestión.

³¹. DE LEÓN ARCE, A.: "Contratos de consumo intracomunitarios" Eurolex, Madrid, 1995 págs. 304 y 305.

esta prestación en el ejercicio de su actividad de empresa es un caso de venta de cosa futura “sui generis”, que se diferencia así de la clásica y se adapta a los nuevos supuestos del tráfico jurídico y económico³². Sin embargo, la no cancelación por este motivo, puede ser causa de un cumplimiento defectuoso y consecuentemente, del que responde la agencia de viajes³³.

b) Motivos de fuerza mayor, entendida ésta 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”, englobando también en la definición el caso fortuito³⁴. La jurisprudencia española exige imprevisibilidad e inevitabilidad como criterios modulares de la figura (STS 32.6.1990 y 11.7.1990), por lo que hay que excluir de los deberes de previsión aquellos sucesos totalmente insólitos y extraordinarios ajenos al ámbito de control de quien los padece (ex. art. 79.1 CVCIM); en definitiva, impresibilidad o insuperabilidad (art. 1105 CC). El precepto excluye expresamente de la fuerza mayor el exceso de reservas o sobreocupación, conocida como “overbooking”, siguiendo la línea seguida en la Jurisprudencia (STS (3ª) de 3.10.1986 y SAT de Palma de Mallorca de 28.4.1989 sobre sobreocupación de plazas hoteleras)³⁵.

32. CONTE, G.: “Appunti in tema di mancato compimento dell’ attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto”, Riv. dir. comm., 1990, II, págs. 164 y 165.

33. La SAP Segovia de 13.12.93 Ponente: Conde Pumpido, pone de manifiesto que la exigencia de grupo mínimo de personas para realizar el viaje incluido en la oferta, vincula al oferente y su no cumplimiento puede generar responsabilidad por incumplimiento del contrato, dado que el grupo mínimo de diez personas exigido “tiene la suficiente relevancia para influir en la decisión de las dos señoras demandantes, pues es natural que entre las finalidades de un viaje de vacaciones, se encuentre el hacer nuevas amistades, relacionarse y en general, integrarse en un grupo que pueda hacer más ameno y divertido el viaje” (Fund.Jco.3ª). el Tribunal aprecia la “exceptio nom rite adimpleti contractus” o de cumplimiento defectuoso, lo que les otorga a las demandantes derecho a una indemnización compensatoria.

34. Siguiendo la línea doctrinal más extendida ante las dificultades de señalar un criterio diferenciador de ambas se asumen en ambos supuestos las mismas circunstancias de hecho. Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Principios de Dº Civil”, T.2º, 3ª ed., Trivium. Madrid 1995, pág. 178.

35. La deficiente configuración de la cancelación del viaje combinado realizada por el art. 9 LVC en la trasposición de la Directiva 90/314 en nuestro país puede contrastarse a modo de ejemplo con la realizada en un país nórdico de gran nivel y solera respecto de la protección del consumidor. Así, “Package Travel Act 1994” de Finlandia, de 28 de noviembre (entrada en vigor, 1 de julio 1995) regula la cancelación del viaje por parte del organizador en los arts. 11, 12 y 13.

El art. 11 recoge el derecho del organizador a cancelar el viaje combinado en el caso de tener pocos inscritos siempre que esta circunstancia se hubiese expuesto con claridad en el folleto, así como el plazo máximo de notificación al viajero de tal circunstancia, debiendo percibir todo lo que hubiere pagado descontando los gastos generados por la cancelación o un viaje sustituto de igual categoría o superior.

El art. 12 permite al organizador cancelar el viaje combinado y modificar alguno de sus elementos por razones de fuerza mayor, definiendo primero las circunstancias que puedan encontrarse en el concepto “fuerza mayor”: guerra, catástrofe natural, huelga o situación similar en, o cerca del destino del viaje combinado; o si como consecuencias de algunas circunstancias inesperadas el viaje no puede ser llevado a efecto sin riesgo para la vida o la salud de los viajeros, debiendo ser informados inmediatamente de la cancelación. El organizador deberá reembolsarles sin demora las cantidades que hubiesen pagado, salvo que acepten un viaje sustitutivo.

Si las circunstancias que dan lugar a apreciar fuerza mayor surgiesen durante el viaje, el organizador está legitimado para interrumpirlo y hacer cambios en su esquema, reembolsando las prestaciones no disfrutadas al viajero.

El art. 13, establece la posibilidad de sustitución del viaje cancelado por otro similar, a demanda del viajero y si el organizador puede hacerlo dentro de costes razonables. Si se ponen de acuerdo en la sustitución pero el viaje sustituto es más barato al inicial, el viajero tiene derecho a que se le devuelva la diferencia.

c) Causa imputable al consumidor: Para que sea definitiva en la cancelación de un viaje combinado me parece que debe tratarse de una conducta que afecte a un número considerable de los posibles partícipes, como falta de pago de la reserva o del precio.

III. DESISTIMIENTO DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO

De nuevo nos encontramos ante una compleja y defectuosa regulación de la posible resolución del contrato por desistimiento del consumidor, pues según el art. 94 LVC³⁶, “en todo momento” el usuario o consumidor podrá desistir unilateralmente de los servicios solicitados o contratados. Curiosamente, no se refiere aquí el precepto al viaje combinado, sino a **servicios, bien solicitados o contratados**. En el primer caso, no existe contrato, solo tratos preliminares. ¿Está pensando el precepto en una resolución por incumplimiento por parte del consumidor en todos los posibles contratos que con la agencia se pueda realizar?, la respuesta afirmativa es dudosa por encontrarse en una Ley especial dedicada expresamente a los viajes combinados y referirse a ellos el art. 9.4.b) LVC.

La única explicación lógica posible puede encontrarse tras la lectura del art. 29 de la Orden de 14 de abril de 1988, su principal fuente inspiradora, si bien esta norma administrativa tiene una redacción más clara -lógica- porque distingue ambos supuestos: el desistimiento de servicios sueltos y de paquetes turísticos respectivamente, en los apartados a) y b) diferenciando sus consecuencias.

Aclarado esto, el desistimiento del consumidor del viaje es una forma de extinción del contrato que puede hacerse en cualquier momento anterior a la salida del mismo, bien de forma expresa (antes y con comunicación a la agencia aunque el precepto no lo diga, debe deducirse)³⁷ y tácita (no se presenta a la salida), teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado y obligación de indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor, entendida ésta en el sentido anteriormente apuntado, se den las cualidades de inevitabilidad e imprevisibilidad del suceso³⁸:

a) Abonará los gastos de gestión y los de anulación si los hubiera. Si el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como el flete de aviones, buques, tarifas especiales, etc., los gastos de anulación por desistimiento se establecerán de acuerdo

³⁶. Inspirado en el art. 29 de la O. 14 abril de 1988 y este a su vez, en el art. 9 de CCV aunque no contenido de forma directa en ningún artículo de la Directiva y que, sólo aparentemente puede ser un máximo en la uniformización mínima exigida.

³⁷. En este sentido, Vid. DE LA HAZA DÍAZ, P.: “El contrato de...”, op. cit., pág. 174.

³⁸. El consumidor ha sufrido un serio contratiempo inesperado y sería poco razonable pedir que participase en el viaje combinado, debidamente probado (enfermedades graves en el núcleo familiar, con certificado médico; accidentes, por ejemplo). Con anterioridad a la LVC, la SAP Jaén de 5.3.92 Ponente Juan Ruiz Rico, recoge un caso de esta naturaleza: el demandante había reservado y pagado un viaje, para él y su mujer, pero a última hora, una enfermedad le impide participar, avisando oportunamente a la agencia de viajes y ante la imposibilidad pide la resolución del contrato y la devolución de lo pagado en base a fuerza mayor justificada suficientemente, negándole la agencia de viajes tal derecho. El juez determina el derecho a la devolución de lo pagado, con independencia de los gastos de gestión y anulación sí los hubiere en atención al art. 29.O.14.A.88.

con las condiciones acordadas entre las partes (art. 9.4.b LVC). Los gastos de gestión y de anulación deberán constar, salvo renuncia del consumidor, en un recibo, copia o documento acreditativo de la operación debidamente explicados y desglosados (ex. art. 101.b LCU)³⁹.

b) Si el desistimiento no está justificado en alguna causa de fuerza mayor, deberá abonar una penalización consistente en: El 5% del importe total del viaje, si se produce entre "más de 10 y menos de 15 días de antelación a la fecha de comienzo del viaje, luego, si el desistimiento se produce con más anterioridad a los 15 días previos a la salida, no ha lugar a penalización aunque los gastos de gestión y de anulación pueden ser por si solos verdaderamente gravosos⁴⁰; el 15% entre los días tres y diez y el 25% si el desistimiento del consumidor se produce dentro de las 48 horas (2 días) anteriores a la salida.

Si el consumidor o usuario no se presenta a la salida, se considera un desistimiento tácito, por lo que está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes, salvo acuerdo entre las partes en otro sentido. El consumidor queda en manos de lo que la agencia quiera hacer en conciencia, en el caso de que su no presentación se deba a causa grave extrema. Hubiera sido preferible diferenciar las consecuencias según la no presentación en la salida se debiera a causa imputable o no al consumidor. El art. 696 CCom, sostiene que la falta de presentación del viajero por fallecimiento, obliga a sus herederos a satisfacer la mitad del pasaje, salvo que otro pasajero le sustituya. La imposibilidad sobrevenida, debe ser considerada como fuerza mayor, y por tanto, exoneratoria de responsabilidad para él y para sus causahabientes.

A tenor de lo dispuesto, el art. 9.4 LVC y en atención a las cantidades que deberá de satisfacer el consumidor, no parece ni un supuesto de incumplimiento, ni de resolución unilateral, sino que parece más bien una cláusula penal, con independencia del daño económico que sufra el organizador o detallista con el desistimiento unilateral del consumidor, las cantidades que en la práctica se facturan por gastos de gestión y de anulación suelen ser excesivas, por no decir que abusivas. Por eso, no podemos olvidar que son de aplicación las reglas generales de incumplimiento de las obligaciones y las específicas que se desprenden de la relación contractual derivada de lo establecido en la oferta y en la legislación especial protectora del consumidor, aplicable al respecto⁴¹.

³⁹. El art. 9.3 a) in fine del Proyecto de Ley reguladora de viajes combinados citado, se decía "En todo caso, el organizador o detallista presentará al usuario o consumidor un desglose cuantificado de los gastos de gestión y de anulación si los hubiere, siempre que éste lo solicite", desapareciendo a partir de su aprobación por la Comisión son competencia legislativa plena (BOCG de 5 de mayo de 1995). Es preferible así, pues en definitiva, es un derecho que tiene el consumidor reconocido en la LCU y por tanto, una obligación de la empresa turística con la que contrató, y no la respuesta a una petición como parecía desprenderse de la redacción del Proyecto de Ley.

⁴⁰. No en un caso de combinado, sino de servicios sueltos, concretamente, de reserva de hotel para cuatro noches, desistida con dos meses de anticipación por el demandante, por la que había pagado por adelantado una noche (31.600 ptas.) pretendía la Agencia de viajes cobrar el 100% por gastos de gestión y de anulación solamente, ya que el art. 29 a) de la Orden de 14 de abril de 1988, no impone penalización para el desistimiento de servicios sueltos. Vid. SAP de Pamplona de 17.1.94.

⁴¹. El art. 15 de la Finland Package Travel Act. de 1994 citada contempla el derecho del viajero a desistir del contrato en los siguientes supuestos:

IV. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO

En este caso, el “producto turístico” ya no es cosa futura es presente y ha empezado a producir sus efectos pues ha llegado el momento de salida, comienza el viaje y sucede que el organizador no suministra una parte importante de los servicios previstos en el contrato simplemente comprueba, que no puede suministrarlos. Conviene dejar claro que contrato de viaje combinado se equipara normalmente con contrato turístico o vacacional, pero puede cubrir otras finalidades distintas para colmar intereses diversos: congreso científico, terapia médica, cursos de estudio o concurrir ambas, teniendo una de las prestaciones un interés preponderante⁴². En estos casos, el interés del viajero emerge de la propia definición legislativa de contrato y de los remedios previstos en caso de incumplimiento de una singular prestación que tenía la consideración de ser principal, coherente con la relevancia de tales intereses, pues cuando en el viaje combinado previsto por el organizador entra una prestación no turística con carácter prevalente, cambia el orden de intereses querido por las partes (ópera, cursos de inglés, congreso médico, teatro, etc.) siendo las demás prestaciones prometidas por el organizador instrumentales o complementarias de la principal, lo que no significa que carezcan de relevancia en sede de ejecución del contrato.

Cumplimiento de todo lo pactado según las condiciones y características estipuladas en la oferta, ya que de lo contrario surge la responsabilidad contractual de la que solo se exime la agencia de viajes por fuerza mayor y causa suficiente, distinguiéndose en cuanto a sus consecuencias, la previsibilidad anterior al comienzo de los efectos del contrato, de la surgida cuando los efectos ya han empezado a producirse.

Por todo ello vamos a examinar cuál es la responsabilidad de la agencia por incumplimiento parcial o defectuoso de la prestación (art. 10 LVC), la responsabilidad contractual en que incurre la agencia por incumplimiento del contrato (art. 11 LVC) y las garantías que debe constituir para hacer frente a sus responsabilidades (art. 12. LVC).

-
1. Tienen buenas razones para creer que como consecuencia de las situaciones contenidas en el concepto de fuerza mayor del 12.1 (vid. nota nº 35) el viaje combinado no se llevará a efecto según lo acordado o sin que su vida o salud se pongan en peligro.
 2. El organizador -según la posibilidad del art. 14- sube de forma sustancial el precio del viaje combinado o en virtud de las condiciones del contrato, el organizador introduce cambios sustanciales.
 3. El viajero ha sufrido un serio contratiempo inesperado y sería poco razonable pedir que participase en el viaje combinado; si el viajero muere antes de la partida, sus sucesores están legitimado para desistir del contrato. El organizador debe ser informado inmediatamente del desistimiento. Si ocurre por serio contratiempo inesperado deberá aportarse prueba fehaciente de la causa que le ha inhabilitado para participar en el viaje combinado. El organizador deberá devolver sin demora los pagos que el viajero hubiera hecho, pero si el desistimiento sucede por inesperado contratiempo del viajero el organizador tiene derecho a una razonable compensación por los gastos derivados del desistimiento”.
- ⁴² La Sentencia del Tribunal de Génova de 13 de agosto de 1990 (Nuova Giur. Civ. Comm., 1991 1 I, pág. 442) ha señalado que cuando falte una de las prestaciones objeto del contrato de viaje combinado, no es posible proceder a la reclamación del precio en medida correspondiente a la prestación no efectuada, pues la prestación incumplida era parte de un cuadro completo, globalmente considerado, por lo que, en base a la unidad del contrato, sólo es posible proceder a través de una renegociación entre las partes y no por intervención judicial.

1. El viaje ha comenzado y el organizador no suministra o comprueba que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en el contrato (art. 10.1 LVC)⁴³, cumplimiento parcial que genera para aquel la obligación de ofrecer al consumidor prestaciones sustitutorias equivalentes o superiores sin derecho alguno a incremento de precio, y si fueran inferiores, abono del importe de la diferencia entre las previstas y las suministradas. El viajero, puede optar por aceptar la propuesta de forma expresa o tácita, continuando el viaje en esas condiciones o negarse a ello, para lo que deberá argumentar razonadamente su conducta, en cuyo caso tendrá derecho a exigir del organizador un viaje de regreso al lugar de salida o a cualquier otro convenido entre ambos, en un medio de transporte equivalente al utilizado en el viaje. La misma solución deberá serle ofrecida si el organizador comprueba que las soluciones adoptadas por él fueran inviables, resolviendo el contrato por incumplimiento por considerar que las prestaciones sustitutorias son insuficientes o inviables, alegando siempre “motivos razonables”, y pudiendo exigir, en su caso, la indemnización correspondiente (ex. art. 11.1 LVC).

Estamos ante incumplimientos parciales graves o de cierta entidad, asimilables a defectos del producto, que debe ser denunciados por el consumidor y dificultan o impiden la consecución del viaje en las mismas condiciones contratadas, por lo que generan prestaciones sustitutorias adecuadas al interés de la parte cumplidora -el consumidor que ha pagado un viaje según unas determinadas condiciones ofertadas a precio cerrado-, pues si no fueran graves, al consumidor sólo se le concede el derecho a reclamar para poder obtener que el detallista -en relación directa con el art. 6.b) LVC- en su caso, o el organizador, lleven a cabo una actuación diligente para hallar soluciones adecuadas para su continuación (10.3 LVC), evidentemente, sin suplemento alguno de precio para el consumidor⁴⁴.

Ahora bien, si las posibles soluciones son inviables o el consumidor no las acepta “por motivos razonables”, deberá recordar sin falta, que el art. 4.4.m) LVC le impone la obligación de comunicar por escrito o medio que deje constancia, cualquier incumplimiento de la ejecución del contrato, condición ineludible para poder demostrar su propia diligencia⁴⁵.

43. Existe incumplimiento parcial cuando el consumidor no recibe todos los servicios contratados incluidos en la oferta, sino sólo una parte, a diferencia del cumplimiento defectuoso que se produce cuando la prestación realizada no se ajusta a la debida, existiendo pues una inadecuación de la prestación para que produzca plenos efectos liberatorios para el deudor. (10.1. y 2 LVC). Será responsable en ambos casos el organizador, por lo que deberá proveer los servicios sustitutorios (hoteles de igual o superior categoría, transporte...) Si son de más categoría se aplica el principio “in dubio pro consumatore” y si son de menor, devolución de la diferencia al consumidor.

44. Como pone de relieve DE LA HAZA DÍAZ, P.: “El contrato de...” op. cit., pág. 182, “En definitiva, parece que el Legislador recordando la labor jurisprudencial en aplicación del art. 1124 CC, distingue entre incumplimientos “importantes” de aquellos que no lo son, y que sólo describe las consecuencias jurídicas de los primeros en el art. 10.2 LVC, que, recuérdese, se refiere a la actuación de la agencia y a los derechos de los consumidores durante la realización efectiva del viaje, pues una vez que éste ha concluido, ante cualquier tipo de incumplimiento, el consumidor puede ejercitar la acción de resarcimiento en aplicación del art. 11 LVC, que regula la responsabilidad contractual de la agencia de viajes”.

45. Es precisamente el incumplimiento derivado de la falta de diligencia del organizador lo que ha provocado el mayor número de sentencias de las Audiencias Provinciales, así: SAP Zaragoza 20.12.91, confirma la condena de Primera Instancia a la Agencia de viajes por cumplimiento defectuoso de un contrato de viaje combinado a Nueva Zelanda, aplicando los arts. 1091, 1255 y 1258 CC; SAP Vitoria de 2.3.93, incumplimiento contractual en fase de ejecución del contrato, a la devolución del 40% del precio total del viaje a la actora en base, fundamentalmente en la LCU; SAP Valencia 17.6.93 el viaje com-

Esta comunicación tiene un doble fin⁴⁶: Por un lado, durante el viaje, dejar constancia ante el responsable directo del incumplimiento que se está produciendo y adopte las medidas subsanatorias oportunas; finalizado el viaje, resulta una eficaz y contundente prueba para exigir responsabilidad a la agencia, demostrando fehacientemente la forma, el tiempo y el lugar del incumplimiento reclamado.

Sigo creyendo⁴⁷ que interpretación e integración de las disposiciones mencionadas de la LVC en favor del consumidor ante un incumplimiento del viaje contratado una vez iniciado, cobra más fuerza desde la posible consideración de su condición como comprador de un "producto turístico", excluido por no ser bien mueble, ni gas ni electricidad del ámbito de aplicación de la Ley 21/1994, de Responsabilidad civil por daños derivados de productos defectuosos, pero incluido en LCU y, en relación con lo dispuesto en el art. 11.1. y el Código Civil, encontramos un amplio abanico de acciones defensivas con las que el consumidor puede jugar para obtener una mayor y más efectiva protección de sus intereses:

1) Exigir del vendedor -organizador o agencia de viajes- el saneamiento por vicios ocultos (ex. art. 1484 CC) con el que se pretende compensar al acreedor a título oneroso de la "cosa" viciada por la falta de utilidad de la misma en atención a las expectativas derivadas del contrato pactado, por lo que se le permite optar entre el desistimiento o resolución del contrato con la consiguiente extinción retroactiva de las obligaciones de ambas partes -dejando el viaje y recibiendo el precio total abonado, que no es otra cosa que el ejercicio de una acción redhibitoria o "su sustitución por otro de similares características que si resulta de inferior calidad, deberá ser reembolsado de la diferencia, que se asemeja enormemente -adaptada con las debidas cautelas a las peculiaridades del objeto- a la acción estimatoria o "quanti minoris".

binado consistía en llevar un Grupo de nieve a Zacobane (Polonia)", condena a la Agencia por incumplimientos parciales según la oferta por ausencia de previsión adecuada a los países del Este; SAP Segovia de 13.12.93., confirma la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el caso de un viaje a Egipto con Crucero Lujo de 5 días, para el que se exigía en el folleto un grupo mínimo de 10 personas y se realiza sólo con las dos actoras, se hospedan en Luxor en hotel diferente y crucero realizado motonave diferente a la ofertada en el folleto, por lo que se condena a la Agencia de viajes a indemnizar a las demandantes con 50.000 ptas. SAP Pontevedra de 16.12.93 aplica la "exceptio non rite adimpleti contractus" (art. 1101 C) ante la falta de conducción de los viajeros con guía al hotel desde el aeropuerto de Amsterdam según lo previsto en la oferta, por lo que condena a la Agencia de viajes al abono de 30.000 ptas. a cada uno de los demandantes; SAP Bilbao de 24.1.94, aplica la LCU en paquete turístico de viaje y alojamiento en Londres, cuyo motivo era asistir a una representación de teatro para la que tenían entradas los viajeros, pero carecen de hotel el primer día, volviéndose ese mismo día a su ciudad de origen, señalando el derecho de que se les reintegren los perjuicios según la cantidad reclamada por ellos en la demanda; SAP Valencia de 26.1.94, ante un viaje combinado de pocos días en muchos lugares y la falta de reserva en un vuelo de unos viajeros que sufrieron por ello todo tipo de desgracias y pérdida de prestaciones, "un viaje de placer se convirtió en un rosario de incertidumbres, molestias y sinsabores con los consiguientes nervios, cambio de horarios y esperas en aeropuertos que motivan que el viaje realizado no sea recordada con agrado" de lo que la agencia culpaba a "la idiosincrasia y forma de ser de los ciudadanos del país de destino" pero es condenada al pago de 60.000 ptas.

46. QUINTANA CARLO, I.: "La adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados", EC, 1991, nº 22, pág. 57; MUÑOZ MARTÍN, M.: "La Directiva sobre viajes combinados y el Derecho español", Noticias de la Unión Europea, 1995 nº 123, pág. 316; DE LEÓN ARCE, A.: "Contratos de ...", ob. cit., págs. 315-316, DE LA HAZA DÍAZ, P.: "El contrato de...", ob. cit., pág. 195.

47. DE LEÓN ARCE, A.: "Contratos de ..." ibidem, págs. 307 y 308.

2) Tendría abierta la puerta de la resolución por incumplimiento del art. 1124 CC, de enorme importancia, como hemos visto en materia de cancelación del viaje para el consumidor.

3) Estaría legitimado para ejercitar la acción de anulabilidad del contrato por error (ex. arts. 1265 y ss. CC) que recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato (art. 1300 y ss CC) o sobre condiciones de la misma que fueron determinantes para que el consumidor se decidiese a la contratación de ese viaje y no de otro, de precio, duración o prestaciones similares.

2. El viaje ha concluido (art. 11 LVC), y la prestación ha sido inadecuada a lo aceptado según la oferta contenida en el folleto y en las condiciones del contrato, por lo que la agencia deberá indemnizar al consumidor el incumplimiento contractual y los daños por esta razón sufridos. El art. 11 LVC no incluye la responsabilidad precontractual, ni la extracontractual (arts. 25 y ss LCU), sólo se ocupa de la responsabilidad contractual en que incurre la agencia frente al consumidor por el incumplimiento de sus obligaciones. Serán aplicables, además el 9 LVC; y supletoriamente, lo previsto en los arts. 25 y ss LCU acerca de la responsabilidad del empresario o profesional y la normativa sobre responsabilidad civil del deudor que incumple del CC (arts. 1101 y ss). El sujeto protegido es el consumidor que hace el viaje (ya hubiere sido contratante principal o no, o cesionario) y que hubiese comunicado por escrito o en cualquier otra forma que dejase constancia el incumplimiento sufrido.

En cuanto a los sujetos responsables, la Dir. 90/314, en el art. 4.6.2º deja libertad a los estados miembros para determinar quien será responsable frente al consumidor del incumplimiento del contrato. La normativa española lo hace de forma un tanto confusa en el art. 11 LVC. Parece desprenderse del precepto y de todo el articulado, que responde la agencia de viajes que aparezca en el contrato como contraparte, es decir, el sujeto obligado; si lo hacen ambas, responderán solidariamente o la más fácilmente identificable por el consumidor. Los daños resarcibles serán los derivados de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, es decir, estrictamente contractuales, quedando al amparo del LCU (25 y ss.) los extracontractuales. Alcanza pues daños patrimoniales y extrapatrimoniales que tengan su causa en el contrato y que sufra el consumidor por no haber obtenido la prestación debida⁴⁸, sin olvidar la aplicabilidad de los arts. 1107 y 1106 CC por este orden, el primero contiene un criterio de los daños a valorar a efectos de indemnización, a cualquier deudor, normal o doloso, según que la actuación de la Agencia haya sido de buena o mala fe. La cuantificación de los daños podrá hacerse según la regla del art. 1106 CC, teniendo presente el daño emergente y el lucro cesante.

⁴⁸. SAP Barcelona (Sec. 14) 13.5.91. Pte. Valls Gombau, aplicando los Arts. 3 y 1101 y ss- CC. Incumplimiento contractual. Hechos: Los demandantes hicieron un pago de 548.000 ptas. en concepto de 4 reservas para viaje a Egipto con Crucero por el Nilo según programa que incluía una serie de prestaciones no cumplidas (hotel pero, crucero los 4 juntos en suites en vez de 2 camarotes, adelante del vuelo a España con pérdida de una noche), la Agencia de viajes fue sancionada administrativamente por estos hechos por el Dto. del Comercio y Turismo, pero el Tribunal reconoce la existencia de una prestación irregular o defectuosa, que consecuentemente genera el deber de indemnizar a los actores por los daños causados, 150.000 ptas. incluida en ella el daño moral.

Son causas de exoneración de responsabilidad de la agencia de viajes, pero no del deber de prestarle debida asistencia al viajero: Que los daños hubiesen sido provocados por culpa exclusiva del consumidor⁴⁹; los defectos del viaje eran imputables a un tercero, ajeno al contrato; se dio hecho de fuerza mayor y caso fortuito.

Debo terminar aquí, pues creo que estoy invadiendo el tema de otra ponencia. Lo siento.

⁴⁹. TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) dictó sentencia de 7.6.1995, por la que resuelve el contencioso planteado por una Agencia de Viajes contra unas resoluciones de la DG de Turismo condenatorias de su incumplimiento contractual, estimando el recurso y declarándolas nulas por incumplimiento debido a culpa exclusiva del viajero (su mal comportamiento en un circuito-aventura, ponía en peligro al grupo). (La Ley 1995-4), pág. 217.

10
APROXIMACIÓN
AL RÉGIMEN JURÍDICO
DEL CONTRATO

DE RESERVA DE PLAZAS
DE ALOJAMIENTO
EN RÉGIMEN DE
CONTINGENTE

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE RESERVA DE PLAZAS DE ALOJAMIENTO EN RÉGIMEN DE CONTINGENTE*

Guillermo Alcover Garau

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de las Islas Baleares

1. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS TURÍSTICOS

Los contratos turísticos, como en general todos los contratos que se insertan en el tráfico económico, pueden clasificarse en dos grandes bloques:

a) En primer lugar, los contratos turísticos de consumo, que son aquellos en los cuales el turista como destinatario final de la prestación de servicios turísticos.

El más importante y usual de estos contratos es el contrato de viaje combinado regulado en la Ley 21/1995, de 6 de julio, de viajes combinados (BOE de 7 de julio), por la que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO de 23 de junio).

La Ley en su artículo 2.1 entiende por viaje combinado:

“la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia: a) transporte, b) alojamiento, c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado”.

El hecho de que estos contratos afecten a la inmensa masa de consumidores turísticos unido a la reciente promulgación de la ley que los regula determina tanto que su funcionamiento sea conocido en sus líneas generales en los distintos sectores sociales como que haya sido objeto de estudio por la doctrina.

Así destacan entre otros los trabajos de Quintana Carlo, I., *“La adaptación del Derecho español a la normativa europea sobre viajes combinados”* en VV.AA., *Turismo y Defensa del consumidor*, Palma de Mallorca, 1991, págs. 115 y ss., Auriol Martín, A., *“La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de Viaje”*, en *Revista de Derecho mercantil*, 1992, págs. 828 y ss., Tur Faúndez, N., *“El contrato de viaje combinado: notas sobre la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados”*,

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 22 de mayo de 1998.

en Arazandi Civil, julio 1996, págs. 11 y ss., y De la Haza Díaz, P., *El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes*, Madrid, 1997.

b) En segundo lugar, los contratos turísticos interempresariales, que son aquellos que vinculan entre sí a las distintas empresas prestadoras de servicios turísticos y que tienen por finalidad la coordinación interempresarial a fin de poder estructurar en las mejores condiciones posibles la oferta de contratos turísticos de consumo y, en especial, la oferta de viajes combinados.

Dentro de este grupo destaca el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente (en adelante, el contrato de contingente).

Al contrario de lo que sucede con el contrato de viaje combinado, el contrato de contingente no ha merecido una especial atención por parte de la doctrina.

En concreto, sólo ha sido estudiado, aunque con gran acierto, por Martínez Nadal, A., *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*, Barcelona, 1995.

Esta falta de atención debe ser puesta de relieve desde un primer momento en la medida en que no sólo desconoce la gran importancia práctica del contrato de contingente, sino, y ello es lo esencial, el hecho de que su íntima conexión con el contrato de viajes combinado, que se desarrollará a lo largo de esta exposición, hace que el análisis conjunto de ambos sea necesario para profundizar en cualquiera de ellos.

2. CONCEPTO DESCRIPTIVO DEL CONTRATO DE CONTINGENTE

Principiando la exposición por un concepto descriptivo del contrato de contingente, debe señalarse que dicho contrato se celebra entre una agencia de viajes y una empresa hotelera, poniendo ésta a disposición de aquélla durante un determinado período de tiempo -que suele coincidir con la temporada turística- y en las condiciones fijadas en el contrato un número determinado de plazas o unidades de alojamiento -el denominado cupo o contingente que da nombre al contrato- para su ocupación por los clientes de la agencia generalmente de forma sucesiva. La agencia, por su parte, se compromete a comercializar las plazas del cupo.

Aunque a lo largo de la exposición se emplea para mayor claridad la expresión empresa hotelera para referirse a la parte que contrata con la agencia de viajes, el Derecho administrativo turístico distingue entre las empresas de hostelería y las empresas de alojamiento turístico de carácter no hotelero, empresas ambas que pueden ser parte en el contrato de contingente.

En concreto, disponen los artículos 2, 1 y 3 de Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el estatuto ordenador de las empresas y actividades turísticas privadas (BOE de 20 de febrero):

“Son empresas de hostelería las dedicadas de modo profesional o habitual, mediante precio, a proporcionar habitación a las personas, con o sin otros servicios de carácter complementario”.

“Son alojamientos turísticos los albergues campamentos, “bungalows”, apartamentos, ciudades de vacaciones o establecimientos similares destinados a proporcionar, mediante precio, habitación o residencia a las personas en épocas, zonas o situaciones turísticas”.

A los efectos de dicha ocupación, la agencia remite, en una o varias ocasiones, la lista de plazas que efectivamente va a ocupar (*rooming list*), lista que, como regla general, deberá obrar en poder de la empresa hotelera un determinado número de días antes de la llegada de los clientes (preaviso o período de *release*).

Remitida la lista de plazas en tiempo y forma, la empresa hotelera queda obligada a la prestación a los clientes de los servicios pactados en el contrato de contingente y la agencia de viajes al pago de precio de dichos servicios.

Por el contrario, la no recepción de las citadas listas faculta a la empresa hotelera para disponer libremente de las plazas del cupo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de julio de 1997 (AC 1546) describe de la forma que sigue el contrato de contingente:

“la doctrina define el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente como aquel que se suscribe entre el titular de una agencia de viajes y el de una empresa de alojamiento turístico en virtud del cual éste pone a disposición de aquél, durante un determinado período de tiempo, un número determinado de plazas con los servicios correspondientes, para su ocupación por la clientela de la agencia según las condiciones establecidas en las cláusulas del contrato.

Para que tenga efecto la reserva de las indicadas plazas la agencia deberá remitir la lista de las habitaciones que va a ocupar (“rooming list”), la cual, en general, debe obrar en poder del hotel con una cierta antelación a la llegada de los clientes (plazo de “release”), de manera que, remitida en tiempo y forma la relación de clientes, el hotel se compromete a aceptar los, y si no se recibe la “rooming list” o confirmación de habitaciones con el plazo de “release” o preaviso pactado, el hotelero queda libre para disponer de las plazas a su conveniencia.

Esta operativa marca dos momentos esenciales en que se definen los efectos del contrato: Primero, el acuerdo o contrato de reserva de cupo de plazas y, después la remisión de la lista de las habitaciones que deben ser ocupadas”.

3. TIPICIDAD SOCIAL Y ATIPICIDAD LEGAL DEL CONTRATO DE CONTINGENTE

Expuesta ya la mecánica básica del contrato de contingente, debe señalarse que se está en presencia de un contrato turístico que desde el punto de vista social es típico, pero desde el punto de vista legal es atípico, situación ésta muy frecuente en la moderna contratación mercantil (piénsese, por ejemplo, en la inmensa mayoría de los contratos bancarios).

En efecto, es típico desde el punto de vista social porque se está en presencia de un contrato interempresarial que es de sobra conocido por los profesionales turísticos, de forma tal que cuando en dicho sector se hace referencia a un contrato de contingente los operadores del tráfico saben perfectamente que tipo de contrato es y cual es su mecánica contractual básica.

También la jurisprudencia conoce este contrato turístico al haber llegado, aunque en pocas ocasiones, los litigios entre agencias de viajes y empresas hoteleras al Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 27 de febrero de 1982 (RJ 792), a la que siguen las Sentencias de 23 de octubre de 1986 (RJ 5951), 3 de diciembre de 1992 (RJ 9999) y 21 de mayo de 1993 (RJ 3721), destacando por su doctrina también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 1990 y la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 10 de julio de 1997, sentencias todas ellas a las que se hace referencia en el lugar oportuno.

Por contra, es atípico legalmente en la medida en que, al contrario de lo que sucede con el contrato de viaje combinado, no está en la actualidad regulado en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que básicamente se rige por las cláusulas contractuales contenidas en los contratos celebrados entre las agencias de viajes y las empresas hoteleras; por la normativa de la comisión, al englobar en su seno, como se verá, una comisión de un tipo muy especial, y por la normativa que disciplina las obligaciones y los contratos.

Reconocen expresamente la atipicidad legal del contrato de contingente las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1982 y de 23 de octubre de 1986.

No obstante lo anterior, debe señalarse que una norma administrativa ya derogada si regulaba, obviamente desde el punto de vista administrativo, el contrato de contingente. En efecto, la Orden de 9 de agosto de 1974, por la que aprobaba el Reglamento del régimen jurídico de las agencias de viajes (BOE de 26 de setiembre), contemplaba y regulaba los contratos entre agencias de viajes y empresas hoteleras en régimen de contingente, que definía en su artículo 58,c) como aquellos por los que

“se fijan o reservan cupos de habitaciones o servicios para períodos determinados de tiempo”.

Dicha Orden fue derogada expresamente por la disposición derogatoria de la Orden de 14 de abril de 1988 (BOE de 22 de abril), por la que se aprueban las normas reguladoras de las agencias de viajes, en la que no se alude ya a los contratos de contingente.

4. LA EXISTENCIA EN EL SEÑO DEL CONTRATO DE CONTINGENTE DE UNA RELACIÓN DE COMISIÓN IRREVOCABLE E INDIRECTA

Si se detiene la atención en el contenido del contrato de contingente, se advierte que la agencia de viajes y la empresa hotelera fijan las condiciones de los servicios turísticos -precio; servicios a prestar; número, tipo y distribución de las habitaciones,...- que ésta prestará a los clientes de aquélla.

Una vez realizado este contrato, la agencia ofrecerá al público un viaje combinado en el cual el alojamiento irá a cargo de la empresa hotelera con la que ha realizado el contrato de contingente. Además, la agencia habrá celebrado contratos con una o varias empresas de transporte a fin de acometer el traslado de los turistas al hotel.

A fin de realizar tal ofrecimiento la agencia de viajes organizadora puede valerse de sus propios puntos de venta o bien acudir a la mediación de otras agencias de viajes, que reciben, en la Ley de Viajes combinados el calificativo de Detallistas frente a la agencia organizadora denominada por la Ley precisamente Organizador.

Así dispone el artículo 2 en sus apartados 2 y 3:

“a los efectos de la presente Ley se entenderá por:

“Organizador” la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un detallista.

“Detallista” la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por el organizador”.

En realidad, la clasificación que ofrece y la terminología que utiliza nuestro Derecho administrativo de las agencias de viaje difieren de la transcrita.

En efecto, establecen los artículos 1, 1 y 3 del Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades de las agencias de viajes (BOE de 29 de marzo):

“Tienen la consideración de Agencias de Viajes las Empresas que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusiva al ejercicio de actividades de mediación y/O organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos”.

1. Las Agencias de Viajes pueden ser mayoristas, minoristas y mayoristas-minoristas.

2. Son Agencias “mayoristas” aquellas que proyectan, elaboran y organizan toda clase de servicios y paquetes turísticos para su ofrecimiento a las Agencias minoristas, no pudiendo ofrecer sus productos directamente al usuario o consumidor.

3. Son Agencias "minoristas" aquellas que, o bien comercializan el producto de las Agencias mayoristas proporcionándolo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan y/O suministran toda clase de servicios y paquetes turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras Agencias.

4. Son Agencias "mayoristas-minoristas" aquellas que pueden simultanear las actividades mencionadas en los dos apartados anteriores".

Los viajes combinados se irán vendiendo y, atendido el ritmo de las ventas y otros factores, la agencia de viajes irá enviando las listas de plazas a la empresa hotelera y ésta estará obligada desde tal momento a prestar los servicios de alojamiento a los clientes y aquélla a pagar su precio.

Pues bien, a la vista de esta estructura contractual, debe señalarse que en el seno del complejo contrato de contingente aflora un mandato mercantil o comisión de la empresa hotelera a la agencia de viajes para que ésta oferte y celebre contratos de alojamiento turístico en el hotel propiedad de aquélla.

El hecho de no haber estudiado de forma conjunta el contrato de contingente y el contrato de viaje combinado ha determinado que la doctrina que analiza éste no haya advertido la existencia de esta comisión de la empresa hotelera a la agencia y se plantee la situación contraria, o sea, que el agente sea comisionista representante del cliente frente al hotel, posición que además, por las razones que más adelante se expondrán, interesará defender a las agencias de viajes.

Pero esta dirección no puede mantenerse al ser el contrato de contingente anterior al de viaje combinado y, sobre todo, al aparecer en el seno de aquél y no en el de este elementos característicos de una comisión, tal como también se expondrá más adelante.

Ahora bien, hay que notar que lo dicho no significa que el contrato de contingente sea un puro contrato de comisión, sino que es un nuevo contrato surgido en el moderno tráfico mercantil para atender determinadas necesidades de colaboración interempresarial que contiene una muy especial comisión de la empresa hotelera a la agencia, especialidad que viene dada básicamente por dos notas esenciales:

a) En primer lugar, el carácter irrevocable de la comisión: la empresa hotelera debe poner a disposición de la agencia el cupo contingente durante el lapso de tiempo pactado, de forma que durante el mismo no puede revocar la comisión.

Como es sabido, el mandato o comisión es revocable (artículos 1733 del Código civil y 279 del Código de comercio), pero la jurisprudencia hace tiempo que admite que el mandato puede ser irrevocable cuando, entre otras circunstancias, constituye una cláusula de un contrato sinalagmático puesta en interés de ambas partes contratantes, que es precisamente lo que sucede en el contrato de contingente: la empresa hotelera pone a disposición de la agencia de viajes el cupo porque le interese que ésta lo comercialice y debe poner y mantener a disposición de ésta el mismo durante un lapso temporal, lo que implica la irrevocabilidad de la comisión, para que la agencia pueda hacer lo que

le interesa, que es ejercer racionalmente su actividad empresarial de programar y ofertar a sus clientes los viajes combinados que incluyen el alojamiento en la empresa hotelera. Y ello es así porque ninguna agencia de viajes puede asumir el riesgo de programar y ofertar viajes combinados, cuya organización implica conjugar multitud de factores, sujeta al albur de que los prestadores de servicios turísticos puedan desligarse en cualquier momento de la operación.

La circunstancia de que la comisión sea irrevocable para que la agencia pueda realizar su actividad empresarial de forma racional y exitosa obteniendo beneficios con la venta a sus clientes de viajes combinados modaliza y explica otros muchos aspectos de la comisión analizada, entre los cuales destaca el que en ella no haya premio o comisión a cargo del comitente y a favor del comisionista.

En efecto, la empresa hotelera no se compromete al pago de premio alguno, sino que se compromete a no revocar la comisión para posibilitar así que la agencia esté en condiciones de vender racionalmente y obtener beneficios de su actividad. Dicho de otra forma, la agencia de viajes realiza el encargo no en consideración a un premio, sino que lo hace para obtener beneficios en su actividad de venta de viajes combinados, pero para poder realizar en debida forma esta actividad necesita de la irrevocabilidad de la comisión.

b) En segundo lugar, la comisión es indirecta: la agencia de viajes actúa por cuenta o en interés de la empresa hotelera como en toda comisión -aunque, como queda dicho, también lo hace en su propio interés-, pero lo hace en su nombre y no en nombre de la empresa hotelera. Por el contrario, en la comisión directa el comisionista actúa por cuenta y además en nombre del comitente.

En el Código de comercio son los artículos 245 a 247 los que recogen la distinción entre representación directa e indirecta al respectivamente disponer:

“El comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente”.

“Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí”.

“Si el comisionista contratare en nombre del comitente, deberá manifestarlo, y, si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la antefirma declarando el nombre, apellido y domicilio de dicho comitente.

En el caso prescrito en el párrafo anterior, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista; pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión si el comitente la negare, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas, entre el comitente y el comisionista”.

A la vista del contenido de estos artículos, el que se esté en presencia en el seno del contrato de contingente de una comisión indirecta no ofrece dudas: la agencia de viajes vende en su propio nombre los viajes combinados y no en nombre de los diversos prestadores de servicios, entre los que se encuentra la empresa hotelera.

Por ello en la Ley de viajes combinados se exige que en el folleto en el que se informe del viaje combinado y en el contrato en el que se documente consten los datos relativos al alojamiento, pero no quién es el titular del mismo.

En concreto, establecen los artículos 3, 1, c) y 4,1 e):

“El detallista o, en su caso, el organizador deberá poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara y precisa información sobre los siguientes extremos:

Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial”.

“El contrato de viaje combinado deberá formularse por escrito y contener entre sus cláusulas, en función de las características de la oferta de que se trate, referencia, al menos, a los siguientes elementos:

En caso de que el viaje combinado incluya alojamiento, su situación, su categoría turística y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística, en aquellos países en los que exista clasificación oficial, y el número de comidas que se sirvan”.

En realidad, el cliente que contrata directamente con la agencia no sabe en muchas ocasiones si el hotel es de la agencia o de un tercero y en éste último supuesto qué relación jurídica hay entre el titular del hotel y la agencia de viajes.

Recuérdese a este respecto que el citado artículo 1, 1 del Real Decreto 271/1988, por el que se regula el ejercicio de las actividades de las agencias de viajes permite a las agencias utilizar medios propios en la organización de servicios turísticos.

Más aún, a veces el cliente contrata con la agencia no alojarse en un determinado hotel, sino en un hotel de determinadas características sito en la zona turística elegida.

Al ser una comisión indirecta, no hay relaciones jurídicas entre la empresa hotelera y los clientes de la agencia de viajes, sino que tanto una como otros están ligados contractualmente con la agencia de viajes (artículos 1717 del Código civil y el transcrito 246 del Código de comercio y artículo 11,1 de la Ley de Viajes combinados, sobre el que se volverá más adelante): la primera en virtud de un contrato de contingente, que encierra, como queda dicho, la comisión de la empresa hotelera a

la agencia de viajes de celebrar por cuenta de aquélla pero en nombre de ésta contratos de alojamiento turístico en el hotel de la empresa hotelera; los segundos en virtud del contrato de viaje combinado, contrato que por lo que hace referencia al alojamiento no es más que un contrato de alojamiento entre el cliente y la agencia en el hotel de la empresa hotelera que aquélla cumple a través de ésta (de la misma forma que, por ejemplo, en una comisión indirecta de venta el comisionista, asumiendo en nombre propio el papel de vendedor, comunica al comprador que la mercancía estará a su disposición en el almacén del comitente, de forma que el obligado a la entrega frente al comprador es el comisionista, pero quien materialmente la realiza es el comitente, pese a no tener relación jurídica alguna con el tercer comprador).

No obstante lo anterior, el que no haya relación jurídica privada entre los clientes y la empresa hotelera no impide el que aquellos puedan efectuar las reclamaciones de naturaleza administrativa que se regulan en el Decreto 2199/1976, de 10 de agosto, sobre reclamaciones de clientes en establecimientos de empresas turísticas (BOE de 21 de setiembre), que, acaban en su caso, con una sanción administrativa, al concederles dicho derecho esta norma de tal carácter.

Además, no puede dejar de apuntarse, aunque en esta exposición no se puede profundizar en esta compleja temática, que la moderna doctrina (Díez-Picazo, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, págs. 45 y ss y 264 y ss) defiende que en la representación indirecta se pueden generar en algunos supuestos efectos directos entre el mandante y el tercero (en el caso del contrato de contingente, entre la empresa hotelera y los turistas), aunque es lo cierto que no precisa con la necesaria nitidez cuando se generan éstos.

Obsérvese que en que la comisión sea irrevocable favorece a la agencia de viajes, que para estructurar su oferta de viajes combinados necesita de la seguridad de la irrevocabilidad, y el que sea indirecta favorece a la empresa hotelera y a los clientes de la agencia: a la empresa hotelera en la medida en que, una vez aceptada la lista de plazas, es la agencia de viajes la que viene obligada a pagarle el precio de los servicios de alojamiento y no los distintos turistas de otras provincias o países que han utilizado sus servicios; a los clientes de la agencia en la medida en que en caso de incumplimiento del contrato de hospedaje tratarán con la agencia de viajes que conocen y con la que han contratado en su lugar de residencia y no con quién materialmente ha prestado el servicio.

En relación con esta última afirmación, hay que señalar que la Ley de viajes combinados en caso de no prestación o prestación deficiente del servicio de alojamiento (y de los otros servicios turísticos) impone de forma imperativa toda una serie de obligaciones y responsabilidades a cargo de la agencia, a las que se hará referencia más adelante, que, reforzando la posición contractual de sus clientes, clarifican tanto la relación que surge del contrato de viaje combinado como la que surge del contrato del contingente y cierran la anterior huida de responsabilidades que, prevaleciendo de su superioridad contractual, protagonizaban las agencias de viajes consistente en declararse meras representantes de sus clientes para unir éstos contractualmente a la empresa hotelera y eximirse así de cualquier responsabilidad en tanto meros nuncios. Y, enlazando con lo antes expuesto, esta ilógica pretensión se veía favorecida por la confusión doctrinal en torno al contrato de contingente y al viaje combinado.

La jurisprudencia no es clara a la hora de enfrentarse a la naturaleza jurídica del contrato de contingente. Así, en la Sentencia del Tribunal supremo de 27 de febrero de 1982 se pone de relieve

“la naturaleza atípica de los contratos de reserva hotelera cuyo cumplimiento está llamado a desenvolverse en una serie de actos sucesivos ampliamente prolongados en el tiempo, con inclusión, en un momento del desarrollo de la relación jurídica establecida, de terceras personas -en este caso los definitivos usuarios de las plazas reservadas o la Agencia a cuya disposición y para cuyos clientes se ponen las mismas- no suscriptores del pacto de reserva inicial que, aunque atípico, es un propio negocio bilateral con función de garantía y no una simple promesa de contrahendo, cuyo objeto es la cobertura de posteriores contratos de hospedaje”.

Por lo que se refiere a la doctrina, Martínez Nadal, *op. cit.*, págs. 31 y ss., ha defendido otra naturaleza jurídica del contrato de contingente.

En concreto, después de realizar un profundo análisis de las distintas alternativas posibles, análisis que se realiza antes de la entrada en vigor de la Ley de viajes combinados, entiende que se está en presencia de un precontrato de alojamiento con una estipulación a favor de terceros, los clientes de la agencia, lo que bien podía ser cierto antes de la entrada en vigor de la Ley, pero parece que necesariamente debe reelaborarse una vez promulgada ésta.

Por último, es posible que la agencia de viajes no organice un viaje combinado a través del cual comercialice directamente las plazas que ha reservado (bien en sus puntos de venta, bien a través de otras agencias que actúan como sus representantes), sino que las ponga a disposición de otra agencia organizadora de un viaje combinado para que ésta proceda a la comercialización entre sus clientes.

En tal supuesto cabe entender que se establece entre ambas agencias un contrato que encierra una nueva comisión indirecta análoga a la contenida en el contrato de contingente, de forma que los clientes están vinculados contractualmente a la segunda agencia, ésta la primera y la primera a la empresa hotelera, siendo la situación en lo básico igual a la que existe en el supuesto de comercialización directa por una única agencia, aunque, y como es obvio, con un eslabón jurídico más.

5. FUNCIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO DE CONTINGENTE Y POSICIÓN CONTRACTUAL DE LAS PARTES

De la estructura del contrato de contingente como contrato en cuyo seno se establece una comisión irrevocable e indirecta se desprende sin dificultad la función económica del mismo: mediante este contrato interempresarial turístico las agencias de viajes aseguran por lo que se refiere al alojamiento la ejecución de los contratos de viajes combinados que ofertan mientras que para las empresas hoteleras son el expediente jurídico por excelencia para lograr la ocupación máxima del hotel, para lograr el máximo número posible de contratos de hospedaje.

Es así el contrato de contingente un contrato que sirve al tráfico en masa, en este caso de viajes combinados, tráfico en masa típico, como es sabido, de la contratación mercantil.

Al ser contrato de contingente un contrato en cuyo seno se ejecutan multitud de contratos de hospedaje, hay que distinguir los derechos y obligaciones de las partes desde el mismo momento de su conclusión de los que nacen cada vez que la agencia entrega una lista de plazas a la empresa hotelera.

Pero antes de analizar este doble contenido contractual en los dos siguientes apartados debe señalarse que el contenido obligacional de cada contrato de contingente dependerá de las concretas cláusulas pactadas, por lo que en general se expondrá a continuación puede diferir en mayor o menor medida de lo que en cada caso se pacte en la práctica.

Y, obviamente, el clausulado dependerá de la posición contractual de las partes, lo que en la realidad española, caracterizada por un sector hotelero atomizado frente a unos grandes *"touroperadores"* extranjeros -fundamentalmente alemanes e ingleses-, viene a significar un debilitamiento contractual de las empresas hoteleras españolas frente a las agencias de viajes extranjeras cuya solución en último extremo no puede ser otra que la de acudir a las normas mercantiles que disciplinan la competencia a fin de evitar tanto los acuerdos entre agencias que limiten ésta como los abusos de posiciones dominantes.

También en relación a la realidad contractual en la que se desenvuelven estos contratos de contingente no puede ocultarse que los incumplimientos contractuales muchas veces son el preludio de la insolvencia del incumplidor, por lo que las acciones frente a los mismos son demasiado a menudo inútiles. En efecto, la empresa hotelera suele ser una mera empresa explotadora de un hotel propiedad de otro carente así de patrimonio propio y las agencias de viajes son a menudo unos meros agentes intermediarios entre turistas y hoteleros que para explotar dicha actividad precisan de un escaso patrimonio.

6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES DESDE EL MOMENTO DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Desde el mismo momento de la celebración del contrato de contingente, surgen para cada una de las partes una serie de derechos y de obligaciones recíprocos.

a) Para la empresa hotelera surge desde el momento de la celebración del contrato la obligación de puesta a disposición del cupo, o sea, la puesta a disposición de la agencia, durante el tiempo y las condiciones acordadas, de un número determinado de plazas de alojamiento. De estas plazas podrá disponer con posterioridad la agencia, de acuerdo con las ventas de viajes combinados, en todo o en parte y en una o en varias veces, mediante la entrega de las listas de plazas a la empresa hotelera, que desde este momento debe prestar el servicio de alojamiento a los clientes de la agencia.

A la obligación de puesta a disposición del cupo se la suele modalizar contractualmente estableciendo por ejemplo que durante la duración del contrato de contingente el hotel debe mantener su categoría, o que el entorno del hotel se debe mantener inalterado de forma tal que si, por ejemplo, se inician en dicho entorno obras que causen ruido y molestias, se debe informar a la agencia, que, en su caso, podrá resolver el contrato.

Debido a la mecánica contractual, el incumplimiento de la obligación de puesta a disposición del cupo a favor de la agencia se detectará por ésta cuando la empresa hotelera no acepte la lista de plazas por no disponer de ellas o cuando, aceptándola, se genere finalmente un *overbooking*. Pero también es posible que la agencia detecte antes de la entrega de la lista de plazas el incumplimiento de la empresa hotelera (por ejemplo, ésta tiene constante *overbooking*, se producen unas molestas obras en el edificio al lado del hotel...). En tal caso, puede entenderse que el incumplimiento es resolutorio y procederse a la resolución del contrato de contingente y, caso de dolo o negligencia por parte de la empresa hotelera, reclamar a ésta daños u perjuicios (en los ejemplos anteriores, lo normal en que en el caso de *overbooking* haya dolo o negligencia y que en caso de alteración del entorno no).

El origen del *overbooking* se halla generalmente en la práctica de las empresas hoteleras de contratar diversos contratos de contingente o en la de aceptar reservas en número superior a la capacidad del establecimiento en un intento de cubrirse, bien de la falta de reservas, bien de la no presentación de algunos clientes. Aunque no puede ocultarse que a veces la razón del *overbooking* no es otra que la de contratar la empresa hotelera en una situación de mercado de progresiva escasez de alojamiento un segundo contrato de contingente en mejores condiciones económicas que el anterior.

En relación con esta obligación de puesta a disposición del cupo a cargo de la empresa hotelera, no es infrecuente que, bajo diversas técnicas y redacciones contractuales, se incluyan en el clausulado del contrato de contingente determinados derechos a favor de la misma cuya finalidad económica no es otra que la de disminuir el riesgo de no ocupación de las plazas del cupo:

1) Así, puede concederse a la empresa hotelera el derecho a reducir el cupo a la vista de la ocupación efectiva durante el período inicial del contrato.

2) También puede concedérsele el derecho al cobro de una prima en caso de que la agencia de viajes no envíe la lista de plazas de un determinado período o no envíe un mínimo de reservas por ausencia o insuficiencia de ventas del viaje combinado.

Así, se lee en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1993 que el contrato de reservas de plazas objeto de litigio

“alude a plazas hoteleras cuya ocupación total se compromete entre las partes, a cambio de precios globales que se abonan en determinadas fechas, con garantías, en su caso, de mínimos que de no alcanzarse en cuanto a ocupación efectiva son, sin embargo, satisfechos”.

b) Para la agencia de viajes surgen desde el momento de la celebración del contrato dos obligaciones a su cargo:

1) En primer lugar, la obligación de comercialización de las plazas del contingente, obligación que es de medios y no de resultados, de donde debe entenderse cumplida por la simple actuación diligente de la agencia de viajes en la consecución de este fin.

La conceptualización de la obligación de comercialización de la agencia de viajes como obligación de medios es congruente con la estructuración de contrato de contingente como contrato en cuyo seno se estipula una comisión en la medida en que la obligación del mandatario o comisionista que ha aceptado el mandato o la comisión de cumplir éste (artículos 1718 del Código civil y 252 del Código de comercio) es una típica obligación de medios, o sea, una obligación de desplegar una concreta actividad tendente a la consecución del fin del encargo, pero con independencia de cuál sea el resultado de la gestión llevada a cabo.

A este respecto, es esclarecedor este texto de Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 101:

“La obligación de acometer la gestión es simplemente una obligación de actividad y obligación de medios y no es, por lo menos en línea de principio, una obligación de resultado. El representante compromete un despliegue de energía, pero no la consecución de un resultado, especialmente en aquellos casos en que el resultado no depende sólo de su voluntad, sino de la voluntad de terceras personas (v. gr., concertar un contrato).

El incumplimiento de la obligación que analizamos consiste, pues, siempre en una omisión. Se incumple por no hacer o por abandonar en un momento sucesivo la actividad que se había iniciado”.

En relación a esta obligación, no puede desconocerse que cuando la agencia está en una situación de preeminencia contractual, lo que en un mercado como el español sucede, como queda dicho, con demasiada frecuencia, el debilitamiento contractual de las empresas hoteleras puede consistir en la asunción por éstas de la obligación de reserva de cupo sin hacerse referencia alguna en el contrato de contingente a la obligación de comercialización de la agencia, lo que alejaría el contrato de contingente del contrato de comisión.

No obstante, esta obligación debe entenderse existente en tal caso en virtud del artículo 1258 del Código civil, según el cual los contratos *“obligan no sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.*

Esta es la posición de la Sentencia de la audiencia Provincial de Barcelona de 15 de enero de 1990, que entiende que la conducta de la agencia de viajes en el caso de autos, en el que no se llegó a ocupar ninguna de las plazas reservadas en el período en que estuvo en vigor el contrato,

“no es reveladora de una voluntad de incumplir lo pactado, ya que, si conforme a lo previsto en el art. 1258 C. civ., se obligó al menos la agencia de viajes, conforme al uso y a la buena fe, a actuar con la diligencia de un comerciante honesto en la búsqueda de clientes, aparece cumplida tan obligación, pues de la prueba documental resulta que contrató la venta de las plazas con una agencia alemana, que a su vez las ofreció al público”.

Y en efecto, es conforme a la buena fe el que si la empresa hotelera se compromete a mantener a disposición de la agencia determinado cupo, que bien puede incluir todas las plazas de su hotel o un número muy significativo de las mismas durante toda una temporada turística, la agencia de viajes venga obligada a cambio a hacer lo posible para conseguir lo que la empresa hotelera busca al celebrar el contrato, que es la máxima ocupación de su hotel.

Lo contrario significaría negar la función económica que para la empresa hotelera tiene el contrato de contingente, permitiría que la agencia de viajes pudiera colocar a aquélla en una situación insostenible si luego decidiera no enviarle clientes y le obligaría de facto a realizar otros contratos de contingente, con lo que la situación podría fácilmente degenerar en *overbooking*, con perjuicio para todas las partes y, especialmente, para el consumidor turista.

Y, sobre todo, lo contrario implicaría estar en presencia de un contrato en principio gratuito: la empresa hotelera se obligaría desde el primer momento a mantener el cupo a cambio de nada, contrato que se podría comparar a una compraventa mercantil en la cual el vendedor debiera desde el primer momento tener las mercaderías a disposición de comprador y el comprador sólo estuviera obligado a pagarlas en caso de que luego quisiera venderlas y las vendiera efectivamente.

Y si en el contrato de contingente se estableciera expresamente la no obligación de comercialización, podría entenderse que, o bien debe considerarse tal cláusula como no puesta a la vista del citado artículo 1258 del Código civil, o bien que se está ante un contrato que ya no engloba una comisión, sino una colaboración interempresarial con tintes abusivos que, en lo demás e independientemente de su calificación jurídica, opera con la mecánica básica aquí descrita.

Si se estima, como en la actualidad lo hace la doctrina más autorizada, que el artículo 1258 no establece unas fuentes de reglamentación contractual secundarias que funcionan sólo para suplir los pactos expresos, de suerte que las propias partes contratantes puedan excluir expresamente el juego de las mismas, sino que recoge una concepción social del contrato que impone una objetiva construcción del conjunto de la reglamentación contractual, habrá de concluir que la aludida cláusula se deberá entender como no puesta, conclusión que se refuerza si se advierte que se evita así un injusto desequilibrio contractual y un vaciamiento de la finalidad económica del contrato para una de las partes, ya que la ratio última del citado artículo es precisamente evitar este desequilibrio y este vaciamiento.

En conclusión, y enlazando con lo dicho más atrás, el contrato de contingente encierra siempre una comisión, aunque sea una comisión muy especial y el contrato de contingente sea un complejo contrato interempresarial que engloba mucho más que una simple comisión.

2) En segundo lugar, la obligación de informar del curso de las ventas a la empresa hotelera a fin de que ésta pueda calcular de forma aproximada las expectativas de ocupación de su establecimiento.

Es ésta también una típica obligación del mandatario o comisionista (artículos 1720 del Código civil y 260 del Código de comercio).

No puede ocultarse que esta obligación es a menudo incumplida por las agencias de viajes al ocultar a las empresas hoteleras su cifra de venta -o incluso a ralentizar éstas- a fin de conseguir bajas en el precio del alojamiento.

7. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA AGENCIA DE VIAJES UNA VEZ CELEBRADOS LOS CONTRATOS DE VIAJES COMBINADOS Y UNA VEZ ENTREGADA LA LISTA DE PLAZAS

La agencia de viajes desde el mismo momento en que vende un viaje combinado se obliga frente al cliente a prestarle los diversos servicios que ha organizado para tal fin, entre los que se encuentra el alojamiento.

Ahora bien, aunque de los diversos servicios de alojamiento que se ha comprometido a vender por cuenta de la empresa hotelera informe a ésta en virtud de la obligación de mantenerla al tanto de la ejecución del encargo, no envía la lista de plazas que le obliga al pago del precio de los servicios de alojamiento en el mismo momento en que vende los viajes combinados.

La razón de tal proceder es doble,

Por una parte, los clientes tienen derecho a desistir de los servicios solicitados o contratos con la agencia de viajes, derecho que el artículo 9, 4 de la Ley de viajes combinados estructura además de forma muy amplia al disponer:

“En todo momento el usuario o consumidor podrá desistir de los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor:

a) Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 por 100 del importe total del viaje, si el desistimiento se produce con más de diez días y menos de quince días de antelación a la fecha de comienzo del viaje; el 15 por 100 entre los días tres y diez, y el 25 por 100 dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida.

De no presentarse a la salida, el consumidor o usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes, salvo acuerdo entre las partes en otro sentido(...)

Por otra, la agencia de viajes debe coordinar los diversos servicios que ofrece a sus clientes y si uno falla y no puede sustituirlo (por ejemplo, si el transporte previsto falla y no es posible contratar otro), puede verse obligada a cancelar el viaje, cancelación que, en tanto incumplimiento contractual del contrato de viaje combinado, genera el nacimiento de una indemnización a favor del cliente, aspecto éste sobre el que se volverá más adelante.

En consecuencia, si se regula con tal amplitud el desistimiento y existe el riesgo de la cancelación del viaje, es lógico que la agencia de viajes comunique la lista de plazas a la empresa hotelera sólo cuando estime, por una parte, que la indemnización del cliente por el desistimiento -o por su incomparencia- le cubre de las responsabilidades que asume frente a la empresa hotelera en caso de posterior desistimiento -o incomparencia- de éste, responsabilidades que se analizarán igualmente más adelante y, por otra, que hay ya muy poco riesgo de cancelación, ya que si la cancelación se produce una vez enviada la lista de plazas, determinará el deber de indemnizar tanto a los clientes como al hotel.

Las anteriores consideraciones enmarcan y modalizan -no eliminan- la obligación de comercialización de las plazas del cupo a que está obligada la agencia: la agencia está obligada a celebrar contratos de alojamiento en el hotel de la empresa hotelera, pero debido a los desistimientos de los clientes y a las cancelaciones tiene la facultad frente a la empresa hotelera de poder considerar celebrados en firme los contratos de alojamiento sólo cuando envía la lista de plazas, pese a que frente a sus clientes ha celebrado ya en firme los contratos de viaje combinado en el que se incluye el alojamiento.

Por tanto, la celebración del contrato de viaje combinado obliga a la agencia de viajes a prestar el viaje y el alojamiento en él incluido, pero no afecta aún por las razones vistas al contenido contractual del contrato de contingente, sino que éste se activa de nuevo con la entrega de la lista de plazas.

En efecto, una vez enviada la lista de plazas, el clausulado del contrato de contingente establece que la agencia de viajes está ya obligada a pagar el precio y la empresa hotelera a prestar el servicio de alojamiento. Se ejecutan y liquidan así tanto el contrato de comisión que une a las partes como los de viajes combinados que unen a la agencia con sus clientes por lo que hace referencia al alojamiento: la agencia de viajes entrega a la empresa hotelera el precio pactado en el contrato de los contratos de alojamiento que celebró por cuenta de ésta y la empresa hotelera deja indemne a la agencia de la comisión ejecutando materialmente el contrato que vincula a ésta con sus clientes, obligación que la empresa hotelera tiene en cuanto comitente (artículos 1728 y s. del Código civil y 278 del Código de comercio).

Expuesto lo anterior, conviene analizar separadamente las dos obligaciones de la agencia de viajes:

a) Como queda dicho, la obligación que tiene la agencia de viajes frente a sus clientes es la de prestarles el alojamiento, obligación que cumple por medio de su prestación material por parte de la empresa hotelera, prestación a la que, por su parte, la agencia tiene derecho en virtud del contrato de contingente a fin de quedar indemne.

A este respecto, es de nuevo esclarecedor el siguiente párrafo de Díez Picazo, *op. cit.*, pág. 124:

“Por último, el deber de dejar indemne al mandatario comprende la asunción por el mandante, o la transferencia a éste, de las obligaciones que, con terceros, en el cumplimiento del mandato el mandatario hubiera asumido, o, cuando no haya lugar a propia asunción de las obligaciones, la facilitación de los medios necesarios para hacer frente a las mismas”.

La obligación que asume la agencia se puede incumplir de varias formas: cancelación del viaje, *overbooking*, ofrecer plazas de inferior categoría, modificaciones en el entorno del hotel con aparición de un foco excesivo de ruido nocturno,...

Responsable de este incumplimiento frente a los turistas es, como se desprende de la estructuración del contrato de contingente como comisión indirecta y se establece expresamente en los artículos 8 a 11 de la Ley de viajes combinados, la agencia de viajes organizadora, que, después, podrá reclamar contra la empresa hotelera.

También asumirá determinadas responsabilidades -pero no obligaciones- en virtud de esta Ley por los incumplimientos de los prestadores de servicios turísticos e incluso por los del organizador la agencia detallista (por ejemplo, en virtud del artículo 9.2 en caso de cancelación del viaje estará obligada junto con el organizador al pago de la indemnización al turista), lo que debe considerarse excesivo en la medida en que ésta es una mera comercializadora de un viaje que ha organizado en su totalidad otra y que vende en su nombre y por su cuenta y sólo se explica por un desmesurado afán por proteger al turista o por una acrítica trasposición de la Directiva.

En este punto conviene recordar y tener muy presente la diferencia entre el concepto de detallista ofrecido por la Ley de viajes combinados y el de minorista ofrecido por el Real Decreto 271/1988, por el que se regula el ejercicio de las actividades de las agencias de viajes.

En la Ley -artículo 2,3- el detallista es el que vende el viaje organizado propuesto por un organizador -que puede ser la agencia que ha realizado con la empresa hotelera el contrato de contingente u otra que haya contratado con aquélla-, o sea, el que actúa como puro intermediario.

Por el contrario, el agente minorista que recoge el Real Decreto en su artículo 3,3 pueden actuar no sólo como detallista al ofrecer el viaje combinado organizado por otro, en cuyo caso lo expuesto en relación al detallista la es plenamente de aplicación, sino también puede ofrecer directamente al público viajes combinados organizados por él, en cuyo caso actúa como organizador.

En concreto, disponen respectivamente artículos 8 a 11:

“1. en el supuesto de que, antes de la salida del viaje, el organizador se vea obligado a modificar de manera significativa algún elemento esencial del contrato deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del consumidor.

2. En tal supuesto, y salvo que las partes convengan otra cosa, el consumidor podrá optar entre resolver el contrato sin penalización alguna o aceptar una modificación del contrato en el que se precisen las variaciones introducidas y su repercusión en el precio (...)."

"En el supuesto de que el consumidor opte por resolver el contrato, al amparo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior, o de que el organizador cancele el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada, por cualquier motivo que no le sea imputable al consumidor, éste tendrá derecho, desde el momento en que se produzca la resolución del contrato, al reembolso de todas las cantidades pagadas, con arreglo al mismo, o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior siempre que el organizador o detallista pueda proponérselo (...).

2. En los anteriores supuestos, el organizador y el detallista serán responsables del pago al consumidor de la indemnización que, en su caso, corresponde por incumplimiento de contrato, que en ningún supuesto podrá ser inferior al 5 por ciento del precio total del viaje contratado, si el citado incumplimiento se produce entre los dos meses y quince días inmediatamente anteriores a la fecha prevista de realización del viaje; el 10 por 100 si se produce entre los quince y tres días anteriores, y el 25 por 100 en el supuesto de que el incumplimiento citado se produzca en las cuarenta y ocho horas anteriores.

3. No existirá obligación de indemnizar en los siguientes supuestos:

(...) b) Cuando la cancelación de viaje, salvo en los supuestos de exceso de reservas, se deba a motivos de fuerza mayor (...)."

"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, adoptará las soluciones adecuadas para la continuación del viaje organizado, sin suplemento alguno de precio para el consumidor, y, en su caso, abonará a este último el importe de la diferencia entre las prestaciones previstas y las suministradas (...).

2. Si las soluciones adoptadas por el organizador fueran inviables o el consumidor no las aceptase por motivos razonables, aquél deberá facilitar a éste, sin suplemento alguno de precio, un medio de transporte equivalente al utilizado en el viaje para regresar al lugar de salida o a cualquier otro que ambos hayan convenido, sin perjuicio de la indemnización que en su caso proceda (...)."

"Los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deben ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios (...).

2. Los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán, asimismo, de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato”.

Del escasamente técnico contenido normativo de estos artículos (cuyo análisis pormenorizado debe realizarse en el seno del estudio del contrato de viaje combinado) se puede en principio concluir por lo que hace referencia al alojamiento que en caso de *overbooking* u otro incumplimiento de la empresa hotelera, el cliente tiene derecho si aún no ha emprendido el viaje, a elegir entre aceptar una modificación del contrato o resolverlo, teniendo en este supuesto, y en el de cancelación, derecho a la devolución de lo pagado a menos que se le ofrezca y acepte un viaje combinado de calidad equivalente. Además, en caso de resolución o cancelación, el cliente debe ser indemnizado por la agencia mayorista y por la agencia minorista, que no pueden alegar en el supuesto de cancelación por *overbooking* la excepción de fuerza mayor. Si el *overbooking* u otro incumplimiento del contrato de alojamiento por la empresa hotelera se produce una vez iniciado el viaje, la agencia mayorista tiene la obligación de adoptar sin cargo las medidas necesarias para la continuación del viaje y, en caso de no ser posible ésta, debe ofrecer al cliente el viaje de regreso.

Para evitar que la insolvencia de las agencias de viajes -que, como se ha señalado, es, por desgracia, un evento frecuente- perjudique gravemente a los consumidores turísticos se establece en el artículo 12 de Ley de viajes combinados:

“Los organizadores y detallistas de viajes combinados tendrán la obligación de constituir y mantener en permanente vigencia una fianza en los términos que determine la Administración turística competente, para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado y, especialmente, del reembolso de los fondos depositados y el resarcimiento por los gastos de repatriación en el supuesto de insolvencia o quiebra (...)”.

Por su parte, establece el artículo 5, 1 y 2 del citado Real Decreto 271/1988, por el que se regula el ejercicio de las actividades de las agencias de viajes:

“Las Agencias de Viajes tendrán la obligación de constituir y mantener en permanente vigencia una fianza que podrá ser individual o colectiva, para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios.

La fianza individual, que se formalizará mediante ingreso en la Caja General de Depósitos, aval bancario, póliza de caución o título de emisión pública a disposición de la Administración Turística competente, cubrirá las siguientes cuantías: 20.000.000 de pesetas para las Agencias de Viajes mayoristas, 10.000.000 de pesetas para los minoristas y 30.000.000 de pesetas para las mayoristas-minoristas”.

Por último, debe recordarse que la moderna doctrina entiende que en la representación indirecta se pueden generar en algunos casos efectos directos entre el mandante y el tercero, entre la empresa hotelera y los turistas en el contrato de contingente.

2) La obligación que tiene la agencia de viajes frente a la empresa hotelera es la de abonarle el precio del alojamiento.

Por último, en aquellos casos en los cuales una vez entregada la lista de plazas se produzcan anulaciones o en aquellos en los que el turista no se presenta el día convenido (*no shows*), se resolverá el contrato de hospedaje y será la agencia de viajes la que debe indemnizar a la empresa hotelera por los daños y perjuicios sufridos por la anulación o la no presentación, daños y perjuicios que se deben calcular teniendo en cuenta si la empresa hotelera ha conseguido o no celebrar otro contrato de alojamiento y, en caso de haberlo convenido, a qué precio,

En concreto, si la empresa hotelera no ha conseguido celebrar otro contrato de alojamiento, la agencia deberá indemnizarle por los gastos realizados y por el beneficio dejado de obtener y si la empresa hotelera ha conseguido dicha celebración, la agencia le deberá indemnizar por la diferencia entre el precio pactado en el contrato de contingente y el obtenido por el contrato de alojamiento de sustitución, siempre, obviamente, que aquél fuese superior a éste. Y si la empresa hotelera sólo consigue un contrato de alojamiento de sustitución que cubra parte de la anterior estancia, se deben aplicar las dos reglas anteriores.

Una vez pagada la indemnización por la agencia, ésta deberá soportarla íntegramente en caso de cancelación del viaje. Si la situación producida ha sido debida a desistimiento del turista o a su incomparecencia, se resarcirá en todo o en parte del montante de la indemnización pagada a la agencia según lo que el turista le haya entregado en virtud de las normas que disciplinan los viajes combinados a las que ya se ha hecho referencia.

Y es incluso posible, y criticable, que la agencia al final se enriquezca: por ejemplo, si el cliente no se presenta a la salida del viaje combinado, en cuyo caso pierde el importe del viaje, pero la empresa hotelera consigue un contrato de alojamiento de sustitución más ventajoso que el que se derivaba del contrato de contingente, en cuyo caso no cabe la indemnización.

Por último, lo lógico es que sea la empresa hotelera la que debe probar para acreditar la existencia y extensión de los daños y perjuicios que a la resolución del primer contrato de alojamiento siguió o no un nuevo contrato de tal índole y, en caso afirmativo, la diferencia de precio entre el primero y el segundo a favor de aquél. Prueba que además a ella no le supone una especial dificultad.

No obstante, y de forma que debe considerarse errónea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1992 entiende lo contrario: probada por la empresa hotelera la no ocupación, es la agencia de viajes la que debe probar la posterior ocupación en tanto es éste un hecho que extingue la obligación de indemnización.

En concreto, se lee en la Sentencia:

“en el caso debatido una vez probada la no ocupación de las plazas reservadas en el plazo convenido por clientes de la demandada, es obvio que el incumplimiento quedó patente así

como los daños causados a los demandantes por el importe no satisfecho de tal prevista ocupación, que es lo que se ha dispuesto determinar en ejecución de sentencia, y si la parte recurrente [la agencia de viajes] alegó la ocupación por otros conductos de tales plazas reservadas, se trataría de una especie de interrupción de la relación casual alegada por la recurrente cuya prueba, como después se insistirá, a ella incumbe (...).

En el motivo se sostiene que hubo inversión de la carga de la prueba, lo que ciertamente no se ha producido, ya que es doctrina muy reiterada de esta Sala que al actor incumbe la prueba de los hechos constitutivos del derecho que reclama (en este caso la existencia de un contrato y su incumplimiento por parte de la demandada) y que al demandado le incumbe la prueba de los hechos modificativos y extintivos que adujo (en este caso, que durante el tiempo de desocupación se pudieron alquilar las habitaciones reservadas a otros usuarios)".

Dicha posición jurisprudencia es doblemente errónea, ya que, por una parte, no se está en presencia de un hecho extintivo consistente en la ocupación sino en la de un hecho constitutivo consistente en la no ocupación y, por otra, la ocupación puede acarrear perjuicio si el precio del segundo contrato es inferior al del primero. Además, esta posición jurisprudencial coloca en una difícil situación a la agencia de viajes, que no tiene medios para conocer las posteriores contrataciones de la empresa hotelera (y menos sus concretas condiciones), extremos, por el contrario y como queda dicho, fáciles de acreditar para ésta.

11
BASES PARA
LA CONSTRUCCIÓN
DE UN NUEVO

DERECHO
TURÍSTICO

Antonio Pérez de la Cruz Blanco

**Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá**

En el marco de lo que se ha dado en llamar, rompiendo reglas elementales de la Lingüística, “estado del bienestar”, el turismo está progresivamente constituyéndose en una necesidad casi primaria y, por tanto, esencial. Satisfechas las exigencias más elementales en orden a la alimentación, salud, vestido y alojamiento, el ansia de conocer mundos se impone, abiertamente, sobre otras posibles inquietudes del ser humano, como pueden ser la educación o la cultura, a las que en cierta medida sustituye o contribuye.

El fenómeno no es ni nuevo ni característico de una determinada región del planeta. Tal vez a Vds. les hayan dicho que el turismo se inició a mediados del siglo XIX merced a Thomas Cook que montó un viaje de puritanos antialcohólicos en la G. Bretaña en 1.844. Pero yo creo que el fenómeno es mucho más viejo. No creo que sea irreverente ni desconsiderado advertir vestigios del talento y el talante del turista en los viejos peregrinos medievales que recorrían el Camino de Santiago, por el Norte de nuestra península, ni en los que iban a rendir tributo ante la Piedra Santa de la Ciudad de La Meca en Arabia. Tradiciones ambas que hoy perduran con espíritu mitad religioso mitad profano, al menos en lo que mejor conocemos. Incluso en los llamados eufemísticamente países en vías de desarrollo, el fenómeno alcanza capas o estratos de población que están muy lejos de ocupar los niveles más elevados en la pirámide de la calidad de vida. Muchos de Vds. habrán tenido ocasión de comprobar cómo en la extinta Unión Soviética era fenómeno bastante frecuente, encontrar enjambres, relativamente nutridos, de honrados trabajadores y trabajadoras de una cooperativa, pululando por las inmensas salas del Ermitage de San Petersburgo (entonces Leningrado) o bajo la inmensa cúpula dorada del Mausoleo del Tamerlán, el gran jefe de los mongoles, en la legendaria ciudad de Samarkanda, de nombre tan sonoro, que uno de los más famosos autores de nuestra literatura contemporánea -quizás el más logrado- toma como título de una de sus obras más conocidas. Pero no es necesario buscar ejemplos tan alejados en el tiempo, ni siquiera en el espacio. Hoy mismo, varios cientos de jubilados españoles a estas horas están regresando a la ciudad de Palma en la isla de Mallorca, después de haber asistido al espectáculo de luz y sonido en el profundo lago subterráneo de las cuevas del

* Conferencia pronunciada en las I Jornadas de Derecho Turístico, el día 22 de mayo de 1998.

Drac o descienden en lujosos y rugientes autobuses, por el aun sinuoso trazado de la carretera de Ronda, conservando en su retina la inmensa falla del Tajo, al tiempo que, a petición de los viajeros, se oyen por los altavoces del moderno vehículo, las bien timbradas lamentaciones de Manolo Escobar, quejándose de la desaparición de su más primitivo -pero igualmente, útil- medio de transporte e instrumento de trabajo, representado por su carro. Por cierto que no estará de más -dicho sea entre paréntesis- que, al tiempo que dedicamos nuestro afectuoso recuerdo a estos turistas de nuestros días y de nuestra tierra, hagamos votos por un feliz regreso de todos ellos a sus puntos de origen, saliendo así al paso de ese malintencionado infundio que ve en los viajes organizados del Instituto de Servicios Sociales un recurso ideado por la Administración pública, para aminorar el número de pensionistas, cuyo nutrido censo que grava las arcas de la Seguridad Social, y ello en razón de la intolerable frecuencia con que se producen accidentes mortales que afectan a nuestros mayores podría interpretarse como un diabólico y preconcebido plan para su exterminio progresivo.

Pero al margen de consideraciones más o menos humorísticas, lo cierto es que el turismo es un fenómeno social característico de nuestros días, que ha merecido la atención de los sociólogos, como también ha de merecer la de los economistas, ya que constituye una industria de singular relieve, generadora de cuantiosos recursos y empleos, ya sean directos o indirectos, de los que España es país beneficiario, con zonas, además, singularmente significativas entre las que figura, desde luego, la Comunidad autónoma andaluza y, de manera particular, nuestra provincia de Málaga.

Y como fenómeno social y económico relevante, el ordenamiento jurídico no ha podido prescindir de su consideración, existiendo hoy en todos los sistemas -y de manera particular en el nuestro- multitud de disposiciones que atañen al mismo, provenientes de diversas instancias con potestad normativa, y que constituyen una masa de leyes, decretos, órdenes y demás disposiciones que hacen objeto de regulación al fenómeno turístico. Una recopilación meritoria de esta normativa se ha llevado a cabo el pasado año de 1.997 bajo la dirección del Prof. QUINTANA CARLO de la Universidad de Zaragoza y publicada por Editorial "Tecnos", llamándola legislación turística social básica.

La existencia de esta serie, más que cuerpo, de normas reguladoras de la materia y el hecho también de que desde el mes de abril de 1.996, merced al Decreto 604/96 exista, entre los estudios universitarios españoles, una Diplomatura en Turismo, en cuyos planes de estudio se incluye una disciplina llamada "Derecho del Turismo" o "Derecho de la empresa turística", da pábulo suficiente para especular sobre la posibilidad u oportunidad de auspiciar la creación de una rama especial de la Ciencia jurídica que habría, lógicamente, de rotularse "Derecho del Turismo", en atención a la materia que constituiría el objeto de su regulación.

El tema se plantea desde una doble perspectiva:

- a) Si existe materia legal referente para integrar su contenido.

- b) Si entre ese cúmulo de disposiciones referidas al turismo se observa una relación o armonía básica, distinta de la que es propia del resto de las ramas del sector ordinario jurídico.

Una respuesta afirmativa sobre la cuestión planteada, exigiría, en primer término, solventar otra sobre cuáles son los criterios que deben inspirar la distribución del Derecho en ramas o disciplinas diferentes, expresión ésta de carácter metafórico, que en cualquier caso, sirve para reafirmar que en materia jurídica, la pluralidad o proliferación de ramas diversas, es claro exponente de la previa existencia de un tronco y de unas raíces que siempre son comunes.

Sentada esta afirmación inicial -y por seguir con el símil arbóreo- si consideramos que la distribución de las ramas jurídicas se ha de efectuar en consideración a los sectores de la realidad sobre los que la rama en cuestión proyecta sus sombras, es evidente que efectivamente podremos hablar de un Derecho turístico, de la misma forma que podríamos referirnos a un Derecho bancario, del Seguro, agrario, eclesiástico, etc. Mas es evidente que esta división sectorial de la Ciencia jurídica, sin ser en modo alguno despreciable, no resulta tampoco aconsejable tomada como criterio exclusivo sobre el que asentar la distribución del conjunto. Para que la distribución sectorial sea aceptable, resulta imprescindible que el sector de la realidad social al que vertebra la rama jurídica en cuestión posea singularidades y características tales que trasciendan al ordenamiento jurídico llamado a regularlo; de modo que éste se vea forzado de manera indefectible a tomar en consideración tales peculiaridades a la hora de conformar y configurar una normativa adecuada. Así sucedió en su día con el Derecho mercantil, nacido como rama jurídica especial reguladora de las personas profesionalmente dedicadas al comercio, de los actos llevadas a cabo por ellas y de las cosas e instrumentos destinados al tráfico. Así sucede hoy con el Derecho laboral en el que la especial relación de servicios entre el trabajador por cuenta ajena y la persona con la que contrata ha dado nacimiento a un conjunto normativo protector del primero y receloso del viejo principio de la autonomía de la voluntad, dotado de una cierta armonía y coordinación interna que ha permitido la creación y consolidación efectiva de esa rama diferente, hoy sólidamente, asentada.

Con esta nueva precisión, podemos volver a formularnos la cuestión que sería ahora la de determinar si el fenómeno social del turismo ofrece características estructurales tan genuinas como para tener que influir y ser tomadas en consideración a la hora de establecer una normativa conjunta del mismo o a la de regular alguno de los aspectos relacionados con él.

Y es ciertamente posible que el turismo presente esas características singulares que deben tomarse en consideración a la hora de establecer la normativa reguladora de cualquiera de sus aspectos. Mas para individualizarlas resulta imprescindible determinar previamente qué se entiende por actividad turística. Para muchos, hacer turismo es sinónimo de ocio u holganza y, por tanto, se entiende por tal cualquier actividad relacionada con la ocupación del tiempo libre. Pero esta identificación es probablemente inexacta, tanto por defecto como por exceso. Nos llevaría a configurar como actividad turís-

tica la pura asistencia a un espectáculo o el acudir a comer con la familia a un restaurante en día de fiesta. Tampoco puede identificarse el turismo como el mero desplazamiento de nuestro habitual lugar de residencia, identificando turismo y viaje, porque bien es sabido que las motivaciones de un desplazamiento pueden ser varias (a veces, incluso inconfesables) y, además, en las relaciones jurídicas los motivos que pueden inspirar a sus protagonistas no siempre se revelan, ni tienen por qué condicionar la regulación ni el contenido de la relación jurídica a que den lugar. Nunca podremos establecer seriamente la diferencia entre quien ocupa la habitación de un hotel durante un par de noches por razones de trabajo fuera del lugar de su habitual residencia y quien se aloja en el mismo para disfrutar de un par de días de descanso, más o menos merecido. Como tampoco será posible marcar la diferencia entre las prestaciones a que tiene derecho el ocupante de un apartamento durante un mes de vacaciones y el que alquila ese mismo aposento por estar próximo a una clínica de salud donde un familiar se halla internado, afectado de una dolencia más o menos seria.

De aquí que exista un primer problema de difícil solución. Lo que no impide, desde luego, que en una aproximación al mismo se relacione el turismo con ambos fenómenos: el ocio y el desplazamiento. Todavía habría que añadir un matiz importante en relación con el segundo elemento: el desplazamiento se realiza con deseo de retornar al punto de partida y por un período de horas, días o, todo lo más, semanas. No se olvide que, etimológicamente, turismo es palabra de origen francés, exportada a Gran Bretaña, de donde se ha generalizado, *urbi et orbe*, y se relaciona estrechamente con nuestro verbo tornar o retornar, no tanto al punto de destino, como al punto de origen.

Pero hecha esta precisión, según la cual turista es el que se desplaza por ocio con ánimo de volver al punto de partida, hay que comprobar en qué medida esta connotación socio-económica puede constituirse en ingrediente preciso para merecer un tratamiento diferenciado en las relaciones jurídicas generadas en torno al fenómeno.

Y aquí ya podemos hallar algunos elementos que pueden ser de utilidad. Desde el momento en que el desplazamiento se hace por ocio y no por necesidad, hay que presumir que el turista reclama una mayor atención y una mayor calidad en los servicios que las que exige otro cualquier usuario de las mismas prestaciones. Mas esa mayor atención y mayor calidad del servicio no puede pedírsele en favor de quien se lo ha de suministrar en una pura relación contractual de Derecho privado. El hotelero, el transportista, el empresario taurino, etc., etc. no pueden, ni deben establecer un tratamiento diferenciado de su clientela en función de los objetivos de ésta, que -insisto- no tienen por qué reflejarse al contratar. Eso supone que hay aquí un interés público o colectivo en llevar a cabo este servicio que compete a las instancias administrativas. Es el Poder público el llamado a cuidar del regular suministro al turista de esas prestaciones que por su condición de visitante por placer parece necesitar. El montaje y mantenimiento de oficinas de información; de folletos explicativos; de instalaciones adecuadas; de puestos de socorro; de lugares de esparcimiento; de infraestructura viaria de exclusiva utilización con fines turísticos; de cómodo acceso a museos y monumentos, etc. son prestaciones

de naturaleza turística que competen a la Administración y que deben financiarse por los cauces propios de la Hacienda pública, ya sea estatal, regional o local. En ese punto, la C.E. -como es sabido- confiere a las Comunidades Autónomas una amplia competencia, aludida en el apartado 18º del art. 148 de su texto: *"Las CC AA podrán asumir competencias en las siguientes materias:... 18º Promoción y ordenación del Turismo en su ámbito territorial"*. Y de hecho, la totalidad de los Estatutos así lo recogen. Pero nótese que en este punto, la actuación del sector público es independiente de cualquier relación jurídica contractual entre el turista y cualquier comerciante o industrial de la zona que visita. De hecho, cabe la posibilidad de que el visitante frecuente y se aproveche de este tipo de prestaciones, cuando viaja a su libre albedrío, con sus propios medios o recursos y sin revelar, para nada, a las personas con las que se relaciona los motivos de su presencia. Una buena organización de estos servicios públicos acabará redundando en beneficio de la colectividad de los residentes en el territorio de C.A. en cuestión, al propiciar la prolongación de la estancia del turista, su retorno, estacional o esporádico y, sobre todo, que se constituya en pregonero o heraldo animador de otros futuros visitantes.

En el mismo objetivo, aunque ya en un plano diferente, hay que situar la vigilancia y control de la calidad de los servicios que al turista o al viajero, en general, suministran los empresarios que con él se relacionan. La Administración pública no puede desentenderse de estas materias, so pretexto de su pertenencia al sector privado y más concretamente mercantiles de relaciones entre el particular -sea o no turista- y el empresario que con él se relaciona. Se repite en exceso, pero no sin razón, que una deficiente prestación de servicios al turista supone un atentado a los intereses generales o -si se quiere- con símil de fábula una contribución decisiva a la muerte de la gallina de los huevos de oro. Ello se traduce en el montaje y mantenimiento de un servicio eficaz de inspección y control de los operadores turísticos, con un correlativo régimen de premios y sanciones de carácter administrativo y un procedimiento asequible para atender reclamaciones o denuncias de los particulares afectados por algún entuerto de esta naturaleza.

Y aquí creo que terminaría el Derecho público autonómico en materia turística.

Hay un segundo sector que ya es Derecho privado, probablemente mercantil, y, por tanto, bajo la égida del Estado por expresa disposición constitucional, ex art. 149, 6º, de su texto.

Aquí hay que incluir el estatuto profesional del empresario que suministra servicios al turista y los contratos a través de los cuales tales servicios se instrumentan. Hay muchos de éstos que son los mismos, sea o no sea turista, el usuario o consumidor. El hospedaje, el transporte, el seguro, el arrendamiento de inmuebles o de muebles (por ej., alquiler de vehículos con o sin conductor) no varían según el motivo por el que el usuario esté actuando.

12
TRANSPORTE
AÉREO Y
TURISMO:

LA PROTECCIÓN
DE LOS USUARIOS
DEL
TRANSPORTE AÉREO

TRANSPORTE AÉREO Y TURISMO: LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DEL TRANSPORTE AÉREO*

Enrique Mapelli

**Académico Numerario de la Academia
Internacional de Turismo
Presidente de Honor del Instituto
Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del
Espacio y de la Aviación Comercial**

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos que integran la naturaleza del turista es el transporte¹. El turista se desplaza fuera del domicilio habitual y los medios que puede utilizar para este desplazamiento pueden ser agrupados en transportes de superficie y transporte aéreo. Es cierto que el transporte aéreo en su periodo inicial no es utilizado fundamentalmente para el traslado de personas; sin perjuicio de que ellas lo utilicen, el avión se dedica al transporte de correspondencia².

En la actualidad la importancia del transporte aéreo en relación con las personas es indiscutible. Según datos de la Organización de la Aviación Civil Internacional las líneas aéreas del mundo transportaron en 1997 un total de 1,448 millones de pasajeros, frente a 1.390 millones en 1996. El coeficiente de ocupación global (peso) en el total de servicios regulares aumentaron respectivamente en un punto, a 69% y 61%³.

No es fácil, respecto de dicha cifra de 1.448 millones de pasajeros, establecer la clasificación de los mismos en razón de sus motivaciones y decidir quienes de ellos pueden ser considerados como turistas.

En principio ello dependerá mucho de las respectivas áreas geográficas. La motivación del viaje pudiera ser establecida, de una manera rudimentaria, de la siguiente forma:

* Conferencia pronunciada en las II Jornadas de Derecho Turístico, el día 15 de abril de 1998.

¹La Academia Internacional de Turismo, en su "Dictionaire" define al turista como "personne voyageant pour son agrément. En matière d'industrie touristique, toute personne qui, voyageant pour son agrément, s'éloigne pendant plus de vingt-quatre heures de son domicile habituel, les déplacements de moins de vingt-quatre heures étant des excursions". (Mónaco, 1953, p.129)

²Gómez Lucía, C. ("Diagonal histórico del tráfico aéreo español", Madrid, 1964, p.45) recuerda que el 27 de mayo de 1929 salió del aeródromo de Getafe a las 17,05 el avión Foker de la Compañía CLASA con un solo pasajero que había pagado el trayecto, cien pesetas, que era la tarifa hasta Tabladás. "El pasajero primero y único de aquel vuelo transcendental - dice - rindiendo tributo sin duda al turismo que iba a ser fuente y meta a las líneas aéreas, era indio y se dirigió a Cádiz para ir después a Canarias".

³Vid: "Boletín de la OACI", Montreal, julio-agosto 1998, p. 11.

a) Viajes de negocios y profesionales. Las Compañías aéreas atienden de manera especial a estos pasajeros entre otras razones porque suelen utilizar las clases o apartados más selectos del avión y porque no se acogen a las tarifas promocionales ya que sus viajes han de adecuarse a las exigencias de sus motivaciones. En atención a ello se han establecido los programas llamados de "fidelización" en los que se premia la mas o menos frecuente utilización de la misma línea o sus asociadas⁴.

b) Viajes de turismo. En estos viajes convendría tener en cuenta aquellos que se realizan de manera individualizada y con independencia de otras prestaciones, de los que forman parte de un conjunto de servicios dentro de los llamados "viajes combinados".

Se ha estimado⁵ que los transportes utilizados por los turistas siguen siendo principalmente el avión y el coche particular. Estos transportistas siguen progresando (un 8% para el avión y un 5% para el coche) mientras que los otros medios de transporte están a la baja.

c) Viajes familiares o de otra índole. No es preciso aclarar que gran proporción de los viajeros que utilizan el avión lo hacen por motivaciones que no tienen relación ni con los negocios ni con el turismo.

La clasificación de los mismos puede hacerse todo lo fragmentada que se quiera ya que la vida del ser humano de nuestros tiempos no obedece a uniformes circunstancias⁶.

2. TRANSPORTE AÉREO Y TURISMO

La relación entre ambas industrias es amplia e indisoluble. Independientemente, según ya se ha expuesto, de que las líneas aéreas se nutran de una clientela que no es exclusivamente la turística parece cierto que ésta es una de sus principales aportaciones⁷.

La industria turística en el mundo registró 625.236.000 llegadas internacionales correspondiendo a Europa 372.523.000 España aparece como el segundo de los destinos turísticos con 47.743.000 ocupando el segundo lugar después de Francia aunque descienda al cuarto en lo referente a ingresos con 29.585 millones de dólares anticipada por Estados Unidos, Italia y Francia⁸.

⁴Me refiero a ello en mi trabajo "El premio al pasajero asiduo", Revista "Airline", Madrid XI-1996.

⁵Dossier elaborado por IPK Internacional. Grupo Mundial de Estudios especializados en el turismo", mayo 1999.

⁶Hace cien años Benito Pérez Galdós escribió que "se viaja por negocio, por hacer visitas, por hablar con un amigo, por ir de compras a una ciudad próxima o lejana, por pasear y hacer ganas de comer". ("Recuerdos y Memorias". Madrid 1975.p154). Aun el concepto turismo no se encontraba totalmente perfilado.

⁷Un ejecutivo de la Compañía Iberia ha dicho; "Nuestro país es uno de los líderes mundiales en cuanto a receptor de tráficos vacacionales. Esto representa una oportunidad para las empresas españolas y también un riesgo. Iberia quiere participar activamente en este proceso y desempeñar un papel preponderante en el mapa sectorial que está conformando". (Revista "Iberaviación", Madrid abril 1999.)

⁸Estas cifras proceden de la Organización Mundial de Turismo y se refieren al año 1998 en el que se registró un crecimiento sostenido del 2'4 por ciento en todo el mundo.

En relación con estas cifras no es fácil establecer cual es la proporción que puede atribuirse al transporte aéreo. En determinado estudio se han relacionado las siguientes cifras⁹:

<i>Los españoles</i>	<i>Los europeos</i>
avión - 56%	avión - 41%
coche - 30%	coche - 34%
autobús - 8%	autobús - 11%
tren - 2%	tren - 9%
otros - 13%	otros - 5%

No es preciso insistir en cuanto a la relación existente entre transporte aéreo y turismo, relación íntima e interesada. Podría ciertamente especularse en cuanto a cual de ambas actividades tiene la iniciativa. Se construyen hoteles porque hay transporte aéreo y hay transporte aéreo porque existen hoteles. Naturalmente que resulta indispensable llevar a cabo el correspondiente análisis por rutas y sectores geográficos.

Digamos, como ejemplo de la disparidad existente, que en líneas como el puente aéreo Madrid-Barcelona-Madrid es posible que el pasajero de negocios y profesional supere en número al turista, mientras que éste imperará en rutas como pueden ser la de Madrid-Cancún-Madrid.

A título anecdótico, y antes de pasar a otro punto, no puedo dejar de citar que la aviación es uno de los principales motores propulsores del turismo. Las compañías aéreas anuncian y promocionan sus servicios destacando las excelencias de los destinos que son servidos. Recordemos que la primera propaganda turística que se hizo por medio del avión la llevó a cabo un malagueño, Fernando Rein Loring quien pintó en su avión en grandes caracteres, a un lado y otro, la leyenda "Visite España", "Visited Spain" cuando en 1933 hizo la proeza de volar de Madrid a Manila en 82 horas y 45 minutos¹⁰.

3. EL VIAJE AÉREO Y EL VIAJE COMBINADO

El turista puede llevar a cabo la contratación de un transporte aéreo de forma independiente de cualquier otro servicio. También podrá contratarlo bajo la fórmula del viaje combinado. La Directiva del Consejo (90/314/CEE) de 13 de junio de 1990 relativa a los viajes combinados los define como "la combinación previa de, al menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida a la venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o inclu-

⁹Estas cifras pertenecen al estudio citado en la anterior nota nº 5

¹⁰Hago un relato de este heroico raid aéreo en la Revista "Transporte Aéreo y Turismo", Madrid, enero-febrero 1999, en un artículo que titulé "La primera propaganda turística de España".

ya una noche de estancia: a) transporte, b) alojamiento, c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje¹¹.

El capítulo del transporte integrante del viaje combinado puede tener lugar por aire, que es el supuesto que nos interesa. La realización de un viaje aéreo está sometida, como toda actividad humana, a una serie de eventualidades de las que el usuario – el viajero – debe ser protegido.

Estas eventualidades integran lo que Videla Escalada¹² ha denominado “infortunio aeronáutico”. La anomalía en el transporte aéreo de personas puede referirse a los siguientes eventos: a) Retraso en el transporte de las personas; b) Retraso, avería o pérdida en el transporte del equipaje; c) Lesiones, incapacidades o muerte de la persona.

Cuando se ha contratado el viaje aéreo con independencia, aunque sea con la mediación del un agente de viajes, mero mandatario mercantil del transportista, todos los problemas derivados del incumplimiento del contrato quedan remitidos a la legislación aeronáutica. Es cierto que esta por encontrarse dispersa en textos tanto nacionales, comunitarios como internacionales, ofrecerá serias dificultades en su aplicación. Sin embargo, ello es diferente a los problemas que se ofrecen en los viajes combinados cuyas dificultades se acrecientan.

El artículo 11 de la citada Ley de 6 de julio de 1995 dispone que “los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor, en función de las obligaciones que les corresponden por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstos las deban efectuar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. 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”.

Esta regulación ha sido tachada de confusa por De la Haza¹³ quien lleva a cabo un estudio muy completo y valioso sobre la cuestión.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 11-3 de la Ley mencionada que dice que “el resarcimiento de los daños, que resulta del incumplimiento o de la nula ejecución de las prestaciones incluidas en el viaje combinado, quedará limitado con arreglo a lo previsto en los convenios internacionales reguladores de dichas prestaciones”.

¹¹La citada Directiva comunitaria se transcribe al derecho interno español mediante la Ley 21/1995 de 6 de julio publicada en el B.O.E. nº161 de 7 de julio 1995. La definición que en el artículo 2 se hace del “viaje combinado” no difiere en nada a la que queda copiada de la Directiva.

¹²Videla Escalada, F. engloba bajo la rúbrica de “infortunio aeronáutico a todas las circunstancias desfavorables que originen daños a seres humanos, en sus personas o en sus bienes, y a los que el Derecho no puede permanecer ajeno debiendo enmarcarlo para que sean reguladas adecuadamente” C “Derecho Aeronáutico”, Buenos Aires 1976, T.IV, Vol. A. p.11 y ss.

¹³De la Haza Díaz. P. “El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes” Madrid. 1997. p. 1998.

Cabe preguntarse sobre la aplicación de limitaciones de responsabilidad establecidas en una Ley nacional no en un convenio internacional y, también, sobre lo que a ello se refiere en Reglamentos de la Unión Europea que no pueden estrictamente ser considerados como convenios internacionales.

4. CONDICIONES DEL TRANSPORTE

No puede, en modo alguno, decirse que las condiciones generales por las que se gobierna el contrato de transporte aéreo sean protectoras de los usuarios. Muy por el contrario, rasando y, a veces, pugnando la legalidad, son descaradamente protectores de la empresa transportista¹⁴.

Como es sabido, "son condiciones generales de la contratación -art.1 de la Ley 7/1998 de 13 de abril- las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas la pluralidad de contratos".

Teóricamente las condiciones generales las encuentra el viajero en todas las oficinas y dependencias de los transportistas aéreos y, en extracto, en los documentos que se extienden por el mismo y que habilitan para el viaje. Las condiciones generales se encuentran sometidas al riguroso control de la mencionada Ley también al de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El artículo 10 bis, de esta última, en su nueva redacción, considera nulas las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Como ejemplo de presunta nulidad – creo que mas que presunta puede citarse la condición 10 en la que se dice que las horas indicadas en los horarios o en cualquiera otra parte no se garantizan ni forman parte del contrato. Los horarios están sujetos a modificación sin previo aviso y el transportista no asume la responsabilidad de garantizar los enlaces. Esta prescripción carece de sentido en cualquier contrato de transporte y más aún en contrato de transporte aéreo en el que por naturaleza del desplazamiento se basa, entre otros elementos, en la medida del tiempo¹⁵. En todo caso esta cláusula que por la vía de la adhesión pretende imponerse al contrato de transporte aéreo vaciaría de contenido la obligación que tienen los detallistas o, en su caso, los organizadores de viajes combinados, de facilitar los horarios y lugares de las escalas y enlaces (art. 6,a de la Ley 21/1995 de 6 de julio).

¹⁴Las Condiciones Generales, cuyo extracto aparece en los billetes de vuelo, están redactadas por la IATA, Asociación de Transporte Aéreo Internacional. Esta Asociación, de carácter privado, se integra por las Compañías Aéreas. La puesta en uso de los billetes electrónicos o solicitados por teléfono ofrece nuevos problemas al respecto.

¹⁵Vid. mi trabajo "La nueva Ley de condiciones generales de la contratación y el transporte aéreo" Revista "Airline". Madrid, feb. 1999.

5. LOS RETRASOS

No admitiéndose, como no admitimos, que los horarios fijados por el transportista en sus documentos no formen parte del contrato de transporte, el incumplimiento de los mismos determina la figura del retraso.

Tanto la Ley nacional como la internacional establecen la responsabilidad del transportista en los casos de retraso. La Ley de 21 de julio de 1960¹⁶ dispone en su artículo 118 que las indemnizaciones respecto de la carga o equipaje de mano o facturado por retraso tendrán el límite de una cantidad equivalente al precio del transporte. También dice esta Ley –artículo 94– refiriéndose a los pasajeros, que cuando el viaje se suspenda o retrase por causa de fuerza mayor o razones meteorológicas que afecten a la seguridad del mismo, el transportista quedará liberado de responsabilidad, devolviendo el precio del billete.

La Ley internacional constituida por el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 es terminante en cuanto a la responsabilidad del transportista en los casos de retraso. Su artículo 19 dice que el porteador es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de viajeros, mercancías y equipajes¹⁷.

Establecido el derecho a ser resarcido el pasajero cuando padece retraso en su viaje o en el transporte de su equipaje, las dificultades prácticas que ofrece el ejercicio de su derecho no serán de escasa cuantía. Habría de establecerse el hecho cierto del retraso y la motivación de la compensación que se solicita correspondiendo la prueba de las causas exculpatorias, si es que existen, al transportista.

Del más subido interés es el estudio de lo que atañe al daño moral en los casos de pérdida total del equipaje, pérdida que el transportista pretende compensar con el abono de la cantidad limitada que, tanto en la Ley nacional como internacional, se regulan. Una opinión generalizada, muy amparada por jurisprudencia internacional, estima que “el tope de responsabilidad está concebido para atender la pérdida de los efectos materiales y no se extiende a otros daños resarcibles, como es el daño moral; de allí que la suma resarcida por este concepto quede al margen del límite que prevé la ley aplicable”¹⁸.

Un sector de la doctrina, ante las dificultades que ofrece el ejercicio de los derechos de los pasajeros en los supuestos de retraso, pretende que la compensación de los mismos sea tasada según el

¹⁶Esta Ley se encuentra en vigor aunque muchas veces resulte inaplicable y pese al mandato que el Gobierno recibió de las Cortes Generales en la L.O 16/1986 de 8 de enero.

¹⁷Este Convenio de Varsovia fue ratificado por España el 31 de enero de 1930 y ha sido modificado por diversos Protocolos que no afectan al artículo mencionado. Actualmente se encuentra en elaboración un nuevo Convenio Internacional que lo sustituye.

¹⁸Vid: Amabili Cibils, G. “Responsabilidad por incumplimiento en el contrato de transporte aéreo. Daño moral” XXVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial y de la Aviación Comercial. Lisboa. 1998.

tiempo y las circunstancias, siguiendo la pauta establecida para los casos de sobreventa a los que nos referimos seguidamente, y ello sin perjuicio de que quede a salvo el ejercicio de los derechos que correspondan.

6. LA SOBREVENTA

La práctica de la sobreventa, comúnmente llamada "overbooking", no es otra cosa sino vender pasajes comprometiendo la ocupación de plaza en un vuelo determinado en proporción mayor a la disposición de la aeronave que ha de servir la línea. Esta sobreventa puede obedecer a varias razones no siempre imputables a la compañía transportista.

En España la sobreventa fue regulada mediante Real Decreto 1961/1980 de 13 de junio en el que se establecía – así reza el rótulo – un régimen de indemnizaciones optativas para los pasajeros de los servicios aéreos regulares a quienes se niegue el embarque en el vuelo contratado. La opción consistía en que el pasajero que aceptase las compensaciones establecidas en el Real Decreto habría de renunciar a cualquier otro derecho que le asistiese de acuerdo con las disposiciones vigentes.

Afortunada y razonablemente esta renuncia ha dejado de existir al promulgarse el Reglamento (CEE nº 295/91) del Consejo de 4 de febrero de 1991 por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema por denegación de embarque en el transporte aéreo regular¹⁹. El pasajero que posea un billete válido, tenga la reserva confirmada, se presenta ante el transportista en el tiempo y la forma establecida y le sea negado el embarque tendrá derecho a unas prestaciones – llamadas telefónicas, comida y bebida, alojamiento, etc – amén de compensaciones en efectivo según el recorrido kilométrico del viaje que hubiera de realizar. Todo ello con carácter inmediato y también sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder al pasajero y que podrá ejecutar ante la jurisdicción competente.

7. EL ACCIDENTE AÉREO

Comprometido el transporte aéreo a realizar el servicio de trasladar a la persona desde un origen al destino establecido, si no lo hiciera en la forma estipulada, deberá restablecer el equilibrio jurídico quebrantado mediante la oportuna indemnización. Según la doctrina más generalizada nos encontramos ante un contrato de obra cuyo resultado es el que la persona llegue a destino sin quebranto ni menoscabo alguno.

Las grandes dificultades que desde 1929, fecha en que fue promulgado el Convenio de Varsovia de 12 de Octubre en cuya sustitución se trabaja actualmente, han quedado resueltas mediante el

¹⁹Este Reglamento se encuentra en trance de ser sustituido por otro en el que se incrementan notablemente los derechos del pasajero.

Reglamento (CE) nº 2027/97 del Consejo sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, al menos dentro del ámbito de los países integrantes de la Unión Europea.

Dicho Reglamento se aplica a las Compañías aéreas de la Comunidad en relación con la responsabilidad respecto a los pasajeros en caso de accidente, por daños sufridos en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal sufrida por los mismos, cuando el accidente que haya causado el perjuicio ocurriere a bordo de una aeronave o en el curso de cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque.

La aplicación práctica de este Reglamento, que entró en vigor el 18 de octubre de 1998, aclarará algunas cuestiones. Entre ellas puede mencionarse el que, en el texto español, unas veces se hable de daños, otras de perjuicios y otras de daños y perjuicios. También requerirá aclaración lo referente al anticipo de 15.000 de Derechos Especiales de Giro, que "sin demora y, en cualquier caso; a más tardar en un plazo de quince días siguientes a la determinación de la identidad de la persona física con derecho a indemnización", ha de ser satisfecha, suma que no será reembolsada aunque sí compensada.

Los principios fundamentales del Reglamento pueden sintetizarse así:

- a) No existe Limitación de responsabilidad.
- b) Se establece la responsabilidad objetiva hasta la suma de 100.000 DEG.
- c) La compañía aérea podrá excusarse total o parcialmente si demuestra la carga de la prueba recae sobre ella – que el pasajero lesionado o fallecido sufrió el daño por su "negligencia".
- d) Es obligatorio para la Compañía aérea el seguro de la responsabilidad objetiva.
- e) Las Compañías aéreas no comunitarias que operan en la Unión deberán notificar a sus pasajeros que no aplican el Reglamento así como anuales sus condiciones sobre responsabilidad.

8. CONCLUSIONES

La relación entre el transporte aéreo y el turismo es tan directa e íntima que puede hablarse de intereses comunes. Sus actividades tienden a un mismo fin si bien que, en la industria turística, la traslación de la persona de un lugar a otro no sea su única actividad. El desarrollo de la aviación es constante y al disponer la industria de aeronaves de mayor capacidad y de más extendida autonomía, se establecen nuevos destinos que puestos a disposición del público incrementan la actividad del turismo.

Los derechos del usuario del transporte aéreo están suficientemente salvaguardados en la teoría. Hemos visto cómo las condiciones generales del transporte establecidas por las compañías aéreas deben ser respetuosas con los usuarios y mantener el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, en la práctica, las dificultades para que las normas satisfagan plenamente los derechos del usuario son a veces insoslayables. Existen aspectos como el del retraso en el que, a pesar de todo, el usuario se encuentra desprotegido. Respecto de este punto es de desear que se encuentre una fórmula discretamente satisfactoria según en la Unión Europea se ha hecho con la llamada sobreventa u "overbooking".

13
LÍMITES
PROTECCIONISTAS
EN LOS

SUPUESTOS
INTERNACIONALES
DE APROVECHAMIENTO
POR TURNOS

LÍMITES PROTECCIONISTAS EN LOS SUPUESTOS INTERNACIONALES DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS*

M^a Teresa Echezarreta Ferrer**

**Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Málaga**

Noticias como las publicadas recientemente se han sucedido desde hace ya algunos años en muchas zonas estratégicas del turismo en el territorio comunitario:

La policía alerta sobre los fraudes en multipropiedad en la Costa del Sol.

La situación insegura y arriesgada en la que se movían las transacciones en materia de multipropiedad, timesharing, utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido o aprovechamiento por turnos, como ha preferido llamarle nuestro legislador a este producto turístico², generó una preocupación especial por parte de la UE respecto al elevado número de adquirentes que empezaron a desconfiar de este tipo de producto y en consecuencia a descender su repercusión económica en el mercado interior.

*Este texto se corresponde con la conferencia pronunciada en Málaga el día 16 de abril de 1999 en las II Jornadas de Derechos Turístico celebradas en el Colegio de Abogados de la mencionada ciudad. En la transcripción del texto que se presenta se ha preferido mantener su formato original, con excesiva carga quizás de citas literales de legislativas y jurisprudenciales, que se entendió de utilidad para seguir más cómodamente el hilo conductor de la exposición.

**mtechezarret@uma.es

¹Diario *El País* de 2 de abril de 1999.

²La precisión terminológica ha sido perfectamente explicada por el legislador español en la exposición de motivos de la ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. (BOE núm. 300 de 16 de diciembre 1998): (...) El término «**multipropiedad**» tenía la gran ventaja de haber calado en la opinión pública, hasta el punto de ser, con mucho, la forma más habitual de denominar entre nosotros a la institución, con independencia de que se hubiera constituido como una forma de propiedad o como una forma de derecho personal. Pero es precisamente ese carácter globalizador con el que normalmente se utiliza, por un lado, y el hecho de hacer referencia a una forma concreta de propiedad, por otro, lo que lo hacen un término inadecuado por equívoco. Otra opción era utilizar la fórmula empleada en la directiva: «**tiempo compartido**». Sin embargo, esta forma de denominar a la institución resulta también poco satisfactoria. En principio, parece un término más genérico que el de «multipropiedad», pero hay que tener en cuenta que «tiempo compartido» no es más que la traducción al español de la forma inglesa «time-sharing». La expresión «tiempo compartido», aunque no parece presentar serios inconvenientes para denominar con ella la forma societaria del derecho francés, no es adecuada para incluir cualesquiera otras fórmulas, tanto si son de derecho personal (el multi-arriendo griego) o de derecho real (el derecho de habitación periódica portugués). Además, tiene el inconveniente de que parece dar a entender que, entre los titulares de estos derechos, lo que se comparte es el tiempo, cuando es precisamente lo contrario, puesto que los titulares lo son respecto de períodos de tiempo diferentes y excluyentes. Por ello, resulta preferible la expresión «derecho de **aprovechamiento por turno**», en primer lugar, porque es menos comprometida, en el sentido de ser una expresión más genérica y más descriptiva, y, en segundo lugar, porque se ajusta perfectamente a la regulación que del mismo se hace. Nada obsta, sin embargo, a que se mantenga la utilización de esta denominación, o de cualquier otra, en particular a efectos promocionales, siempre que no contenga la palabra propiedad, o no pueda ser equívoca en cuanto al contenido del derecho a que se hace referencia.

Con los límites propios de una ponencia, mi intervención consistirá en un análisis de conjunto de las relaciones jurídicas transfronterizas que generan los productos turísticos en los que se incluyen alojamientos en bienes inmuebles en uno o varios lugares del mundo, tratando de poner de manifiesto la interrelación entre cada uno de los sectores jurídicos que hacen acto de presencia en este análisis.

I Consideraciones generales II Límites comunitarios 1. *¿Hasta donde protege el legislador comunitario?* 2. *¿Hasta donde pudo llegar?* III Límites nacionales 1. *¿Hasta donde pueden llegar los legisladores nacionales?* 2. *¿Hasta donde han llegado algunos legisladores nacionales?* III. Límites españoles 1. *¿Hasta donde ha llegado el legislador español?* 2. *¿Hasta donde puede llegar el juez español?* IV Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Los fraudes en multipropiedad, término utilizado tradicionalmente para hacer referencia a este producto turístico, se han caracterizado por la manipulación exacerbada de la autonomía de la voluntad de los consumidores mediante técnicas de comercialización agresivas. Y se han visto acentuados ante la inexistencia de instrumentos legislativos que dieran una respuesta satisfactoria a los intereses desprotegidos de los adquirentes. Desde la perspectiva internacional encontramos un punto más de agudeza en el problema relacionado con la incertidumbre sobre el lugar donde el consumidor pudiera plantear su demanda y sobre la ley que le vaya a ser aplicada. Estos aspectos han sido elementos de reflexión de la directiva 94/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994 (en adelante directiva 94/47), relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido³.

II. LÍMITES COMUNITARIOS

1. *¿Hasta donde protege el legislador comunitario?*

a). Protección del consumidor- adquirente mediante su acercamiento al Tribunal competente

2. Una de las principales medidas de protección que el Derecho puede ofertar al consumidor, consiste en aproximarle al Tribunal competente para que pueda reclamar sus derechos y, de entre ellos, el más próximo es el Tribunal de su domicilio o residencia. De esta forma, el adquirente se siente refor-

³Doce L 280/1994 de 29.10.1994 1. Considerando que las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de contratos relativos a la adquisición de derechos de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles pueden crear obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior, distorsiones de competencia y compartimentación de los mercados nacionales;

zado en la protección de sus derechos mediante la seguridad que le ofrece el poder pleitear en un entorno conocido, en la lengua que domina y sin ningún gasto añadido a los propios de la justicia.

3. Pero en el momento de plantearse la elaboración de la directiva 94/47, la Comunidad Europea (en adelante CE) no tenía competencia directa en materia de cooperación jurídica, esta materia pertenecía a lo que se conocía como el *tercer pilar comunitario*⁴. Situación que se ha visto modificada en la actualidad tras la entrada en vigor el 1 de mayo del Tratado de Amsterdam⁵ mediante el cual la cooperación judicial ha pasado a dominio estrictamente comunitario⁶.

4 TÍTULO VI TUE: Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior. Artículo K. La cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior se regirá por las siguientes disposiciones:

Artículo K.1. Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes:

(...)

ó) La cooperación judicial en materia civil;

(...)

Artículo K.3. 1. En los ámbitos a que se refiere el artículo K.1, los Estados miembros se informarán y consultarán mutuamente en el seno del Consejo, con objeto de coordinar su acción. A tal fin establecerán una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas administraciones.

2. El Consejo podrá:

a) iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión en las materias contempladas en los puntos 1 a 6 del artículo K.1;

(...)

a) adoptar posiciones comunes y fomentar, en la forma y según los procedimientos oportunos, toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión;

b) adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate: el Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada;

c) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.

Salvo disposiciones en contrario establecidas en estos convenios, las posibles medidas de aplicación de los mismos se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Altas Partes contratantes.

Tales convenios podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido.

⁵Vid. LEY ORGÁNICA 9/1998, de 16 de diciembre BOE núm. 301 de 17 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el día 2 de octubre de 1997. Instrumento de ratificación BOE 7-5-99.

⁶Y ello en virtud del Título IV denominado **Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas**. Con este nuevo Título se pretende conseguir un espacio de libertad, de seguridad y de justicia y para ello y según el art. 61, el Consejo adoptará medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, entre otros ámbitos, de conformidad con el **art. 65**: *Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: a) mejorar y simplificar: - el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; - la cooperación en la obtención de pruebas;- el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales; b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción; c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.*

De aquí, que en la fecha que se adopta la mencionada Directiva, tan sólo pudiera contener unos mínimos de derecho material referidos exclusivamente al contenido contractual base del derecho real o personal según la libre configuración de cada Estado, sin perjuicio de que los legisladores internos, como por ejemplo el francés, hayan incluido normas de competencias judicial internacionales leyes de transposición de la directiva⁷.

4. La competencia judicial internacional en este tipo de contratos no está especialmente tratada a nivel comunitario. Contamos con el Convenio de Bruselas de 1968⁸ (en adelante CB) que exige una primera labor de calificación para subsumir el supuesto dentro de su ámbito competencial en el marco contractual de los consumidores, de los arrendamientos, de los contratos en general o de los derechos reales. Esta labor de calificación nos lleva en primer lugar a consultar la Jurisprudencia comunitaria que, como sabemos es vinculante para cada Estado parte⁹.

5. En el caso que nos ocupa el TJCE no se ha pronunciado de manera expresa sobre la naturaleza de este tipo de contrato en el marco del CB. Sin embargo contamos con una reciente Jurisprudencia de dicho Tribunal al hilo de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia¹⁰ en la que se le plantea si la Directiva 85/577/CEE del Consejo referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales es aplicable a un contrato de multipropiedad dado que, como argumenta el abogado general en sus conclusiones, dicho contrato tiene por objeto prestaciones de servicios y otros elementos puramente obligaciones que, al menos desde el punto de vista económico, tienen mayor importancia que los derechos sobre bienes inmuebles. El Tribunal da la razón al abogado declarando la no aplicación de la excepción contenida en el art. 2 de dicha directiva¹¹ y por tanto subsumible el contrato de multipropiedad dentro del concepto de prestación de servicios del art. 1¹².

⁷En este sentido se manifiesta la Directiva 94/47 :Sin perjuicio del respeto de las normas generales del Tratado, los Estados miembros conservan su competencia sobre los demás aspectos, entre otras cosas para determinar la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a los que se refiere la presente Directiva.

⁸Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión consolidada DOCE C 189 de 28/07/1990) BOE 28.1.1991, correcc. de errores, BOE de 30.4.1991(texto en vigor con Francia, Reino Unido, Luxemburgo, Bélgica, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal,) El quinto texto resultado de la incorporación de Suecia, Austria y Finlandia acaba de ser ratificado por España (BOE 31-3-1999) está en vigor por tanto con Alemania, Austria Dinamarca Finlandia, Países Bajos y Suecia. Este Convenio tiene su origen en el antiguo art. 220 del Tratado constitutivo de la CE, hoy art. 239 : Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales:

- la protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales;

(...)

- la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.

⁹STJCE de 28 de marzo de 1995, C-346/93.

¹⁰STJCE de 22 de abril de 1999, C- 423/97Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas Semana del 23 al 27 de noviembre de 1998. Núm. 29/98.

¹¹La presente Directiva no se aplicará: a) a los contratos relativos a la construcción, venta y alquiler de bienes inmuebles, así como a los contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles (...).

¹²Artículo 1 1. La presente Directiva se aplicará a los contratos celebrados entre un comerciante que suministre bienes o servicios y un consumidor- durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales o - durante una visita del comerciante:

i) al domicilio del consumidor o de otro consumidor;

ii) al lugar de trabajo del consumidor, cuando la visita no se haya llevado a cabo a instancia expresa del consumidor.

6. A partir de aquí nada obsta para que podamos aplicar al adquirente de este tipo de derechos, el art. 13 del CB¹³ que protege al consumidor-adquirente, concediéndole la posibilidad de plantear la demanda en su domicilio o en el de la empresa cocontratante y cuando la empresa es la demandante sólo podrá hacerlo en el domicilio del consumidor¹⁴, sin perjuicio de que puedan haberse sometido a algún tribunal de un Estado contratante (en adelante EC) con los límites propios de protección impuestos por el art. 15 y reflejado también en el art. 17 del CB.

7. Ahora bien para que pudieran llegar a ser aplicables estos criterios competenciales, el art. 13 exige una serie de requisitos que difícilmente se dan en la realidad del aprovechamiento por turnos:

a. la celebración del contrato ha debido ser precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; b) el consumidor ha debido realizar en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato¹⁵. Sin embargo, existe una práctica comercial muy extendida, mediante la cual la empresa capte a sus clientes en su lugar de vacaciones y no en su domicilio, de aquí que se dificulte la aplicación de este foro protector. Ello no obsta para que exista un gran número de supuestos que se subsumen en el ámbito de aplicación de la norma¹⁶.

Junto a estos requisitos es necesario que la empresa contratante tenga el domicilio en un EC para que se aplique el art. 14 o que al menos tenga una sucursal en los términos del art. 13 del CB¹⁷. Otro requisito poco frecuente en los productos de referencia, ya que la mayoría de las empresas se encuentran domiciliadas en zonas extracomunitarias¹⁸.

¹³Artículo 13 En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada «el consumidor», la competencia quedará determinada por la presente Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5:

1. cuando se tratase de una venta a plazos de mercaderías,
2. cuando se tratase de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes,

3. para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías, si:
(...)

¹⁴Artículo 14 La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada dicha parte o ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor.
(...)

¹⁵Estos dos requisitos que aparecen separados en la versión castellana por un punto y coma en las demás versiones lingüísticas aparecen unidos de forma cumulativa mediante la conjunción "y".

¹⁶En la Sentencia de la Audiencia Territorial de Aquisgrán de 22 de Julio de 1997, se puede comprobar, ante el supuesto que enjuicia y los muchos que cita, la gran incidencia de los artículos 13 y ss. del CB en los casos planteados ante tribunales alemanes.

¹⁷STJE 15.9.1994, C-318/93 Cdo. 17 (...), sin perjuicio de las competencias exclusivas, la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de los litigios cuyo demandado no esté domiciliado en un Estado contratante no se rige por el Convenio, sino por la Ley del Estado contratante en el que se encuentre el órgano jurisdiccional que conozca del litigio. Fallo los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del consumidor son competentes para conocer de un litigio, conforme a la segunda alternativa del párrafo 1 del art. 14 del Convenio, si la otra parte del contrato tiene su domicilio en un Estado contratante o si, conforme al párrafo segundo del art. 13 de dicho Convenio, procede tratarla como si así fuera.

¹⁸Vid. Art. 4 c) de la Ley 42/99 (BOE núm. 300 de 16 de diciembre 1998) de transposición de la directiva 94/47 (BOE núm. 300 de 16 de diciembre 1998): Las empresas de servicios no podrán estar domiciliadas en paraísos fiscales y tendrán que tener, al menos, una sucursal domiciliada en España.

8. En la actualidad tenemos constancia de una propuesta de modificación del CB¹⁹ en la que se asimila el tratamiento competencial del contrato de prestación de servicios a los contratos relativos a la adquisición de un derecho de utilización de inmuebles y por tanto subsumibles dentro de la categoría protegida de contratos de consumidores ampliándose los supuestos que incluye la definición de consumidor pasivo²⁰. Esta misma modificación posiblemente aparecerá también en un proyectado reglamento comunitario sobre competencia y reconocimiento de resoluciones extranjeras que aún se encuentra en una fase inicial de elaboración y que vendrá a sustituir al mencionado CB entre aquellos países ratificantes del Tratado de Amsterdam de 1997 mediante el cual se cede competencia a la CE para la reglamentación de estas materias²¹.

9. En el caso de que el supuesto en análisis no sea subsumible dentro de la categoría de contratos de consumo protegidos, y en defecto de sometimiento expreso del art. 17 del CB para lo que se exige que una de las partes tenga el domicilio en un EC²² o de sometimiento tácito del art. 18 para cuya aplicación resulta dudosa la exigencia o no del domicilio de alguna de las partes en un EC²³, podrá conocer el tribunal del EC del domicilio del demandado ex art. 2 o el del lugar de cumplimiento del contrato ex art. 5.1. Conexiones todas ellas de escasa operatividad ya que lo habitual, a menos que empiece a cambiar la tendencia mediante un buen asesoramiento por parte de los consumidores, es que, de existir sometimiento expreso, sea a un Tribunal extracomunitario. Por otro lado, es difícil que la empresa demandada conteste a la demanda atribuyendo competencia a un tribunal incompetente

¹⁹Propuesta De Acto Del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a la Competencia Judicial, el reconocimiento y a la ejecución, en los Estados miembros de La Unión Europea, de Resoluciones Judiciales en materia Civil o Mercantil (Presentada por la Comisión el 22 de diciembre de 1997) *Diario Oficial* n^º C 033 de 31/01/1998.

²⁰Artículo 13 de la propuesta de modificación del Convenio de Bruselas de 1968: *En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada «el consumidor», la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5: 1) cuando se tratare de una a plazos de mercaderías o de un préstamo a plazos o cualquier otro contrato de crédito al que sea aplicable la Directiva 87/102/CEE del Consejo; 2) para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías: a) si la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el Estado de residencia habitual del consumidor, de una oferta especialmente hecha o de una publicidad; b) si el cocontratante del consumidor o su representante hubieren recibido el pedido del consumidor en el país donde éste tuviere su residencia habitual, o c) si el consumidor se hubiere trasladado de su Estado de residencia habitual a otro Estado contratante y hubiere realizado en este último su pedido, siempre que el viaje hubiere sido organizado con el fin de incitar al consumidor a celebrar una venta. Las disposiciones del punto 2 del párrafo primero se aplicarán asimismo a los contratos relativos a la adquisición de un derecho de utilización a tiempo parcial de bienes inmuebles. Cuando el cocontratante del consumidor no tuviere su residencia habitual en un Estado contratante, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado contratante, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que tiene su residencia habitual en dicho Estado.*

²¹Vid. supra nota (6).

²²Art. 17 inicio *Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán los únicos competentes. Tal convenio atributivo de competencia deberá celebrarse: (...).*

²³Del Informe Jenard parece desprenderse la exigencia del domicilio del demandado (DOCE C 189, de 28 de julio de 1990, p. 227. Sin embargo la doctrina mayoritaria parece entender que no es necesario tal requisito. Vid esta doctrina y la que considera necesario la existencia del domicilio de algunas de las partes en un Estado parte en J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid 1993, p. 293.

tal y como exige el art. 18 del CB, al igual que es difícil también que la demandada tenga el domicilio en un EC como hemos visto anteriormente, lo que traería como consecuencia la inaplicación del art. 5.1 además de la dificultad intrínseca de aplicación del foro de cumplimiento cuando se trata de alojamientos en una serie de conjuntos inmobiliarios repartidos por el mundo.

10. Por último, si el supuesto no reuniera los atributos exigibles por el CB para ser de aplicación, el juez español deberá recurrir a otros textos internacionales en vigor como el Convenio de Lugano de 1988 de similares características al CB para países del EEE²⁴ y en su defecto a la Ley orgánica del Poder Judicial en su art. 22.4²⁵.

11. En cuanto a la aplicación del art. 16 del CB, resulta infrecuente la subsunción del supuesto dentro del concepto derechos reales o arrendamiento de bienes inmuebles, principalmente por el tipo de litigiosidad que plantean estos productos turísticos generalmente referidos a incumplimientos contractuales y dados los contornos materiales definidos por el TJCE²⁶ y la exigencia de interpretación restrictiva²⁷. Por otro lado, es la propia directiva 94/47 la que parece excluir el supuesto²⁸, de aquí que resulta cuanto menos extraña la exposición de motivos de nuestra ley 42/98 de transposición cuando fundamenta la disposición adicional segunda²⁹ en el art. 16 del CB y del CL³⁰.

²⁴En materia de competencia judicial internacional en los ámbitos materiales del convenio podemos mencionar el Convenio de Lugano de 1988 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (BB.OO.EE. 251 de 20 de octubre de 1994 y 8, de 10 de enero de 1995) de similares características al CB aplicables con países del Espacio Económico Europeo.

²⁵Vid. art. 4 del CB.

²⁶STJE 10. 1. 1990, C-115/88 Fto. 11 (...) el apartado 1 del artículo 16 debe interpretarse en el sentido de que la competencia exclusiva de los Tribunales del Estado contratante donde el inmueble se halle sito no engloba la totalidad de las acciones relativas a los derechos reales inmobiliarios, sino únicamente aquellas que, al mismo tiempo, se incluyan en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas y sean de aquéllas destinadas a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble, o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes, y a garantizar a los titulares de esos derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos. STJE 9. 6. 1994, C-292/93 Fto. 13 (...) se deduce que para aplicar el número 1 del artículo 16 no basta que la acción afecte a un derecho real inmobiliario o que tenga relación con un bien inmueble. Es preciso que la acción se base en un derecho real y no en un derecho personal, salvo la excepción prevista respecto a los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. Fto 14. La diferencia entre un derecho real y un derecho personal reside en el hecho de que el primero, por gravar un bien corporal, surte sus efectos con respecto a todos, mientras que el segundo únicamente puede invocarse contra el deudor. De la STJE 10. 1. 1990, C-115/88 (...) se desprende que no basta que un derecho real inmobiliario sea objeto de la acción o que la acción esté vinculada a un inmueble para que el número 1 del artículo 16 se aplique. Es necesario que la acción esté fundada en un derecho real y no, salvo la excepción prevista para los arrendamientos de inmuebles, en un derecho personal.

²⁷STJE 10 de enero de 1990, C-115/88, Fto. 10. Desde este punto de vista, es preciso tener en cuenta el hecho de que la razón fundamental de la competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante donde el inmueble se halle sito es la circunstancia de que el Tribunal del lugar es el que, habida cuenta de la proximidad, se encuentra en mejores condiciones para tener un buen conocimiento de las situaciones de hecho y para aplicar unas normas y unos usos que, en general, son los del Estado donde está situado el inmueble STJCE de 14 de diciembre de 1977, C-73/77, y de 15 de enero de 1985, , 241/83.

²⁸Cdo. 5. Considerando que en la práctica los contratos relativos a la adquisición de un derecho de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles difieren de los contratos de arrendamiento; que esta diferencia se manifiesta, entre otros aspectos, en la forma de pago.

²⁹Disposición adicional segunda. Imperatividad de la Ley. Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

³⁰La disposición está además apoyada, a mayor abundamiento, en los artículos 16 de los Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y de Lugano de 16 de septiembre de 1988, y en los artículos 3 y 4 del Convenio de Roma, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980.

12. Por tanto, y en conclusión, en la actualidad resulta deficiente la protección comunitaria de los consumidores en cuanto al acercamiento del tribunal competente dados los actuales contornos de la normativa vigente que requiere una ajustada labor de interpretación para que el consumidor pueda entablar la acción en su domicilio o residencia habitual y serle por tanto rentable la acción en justicia. Situación que en un futuro no muy lejano cambiará, adaptándose los criterios de competencia a las técnicas de comercialización y en definitiva a la realidad del mercado mediante la normativa comunitaria que está ya en elaboración.

b). Protección del consumidor- adquirente mediante la protección de su libertad contractual.

13. El objetivo armonizador por tanto ha estado dirigido a la creación de una base mínima de normas comunes que permitan garantizar el buen funcionamiento del mercado interior mediante la protección de un cierto número de adquirentes³¹. La directiva 94/47 ha considerado suficiente que dichas normas se refieran a las transacciones contractuales sólo en sus aspectos relativos a la información sobre los elementos constitutivos del contrato, a las modalidades de transmisión de dicha información y a los procedimientos y modalidades de resolución. Incide como vemos en la fase de formación del contrato salvaguardando la confianza de la persona sorprendida en su buena fe por unas estrategias de comercialización muy profesionalizadas que hacen ilusoria cualquier referencia a la autonomía de la voluntad³². Queda por tanto al margen de la armonización, como ya fundamentábamos antes, la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos que varía considerablemente entre los Estados miembros. Al mercado interior no le interesa tanto cómo configuren su derecho las partes, como que lo hagan en libertad y conociendo la trascendencia de sus compromisos.

14. Este es el único contenido imperativo que debe presidir dicha normativa de transposición así como su interpretación ante supuestos de aprovechamiento por turnos de carácter transfronterizo. El resto de la normativa interna que se refiera a estos productos turísticos serán de aplicación cuando así lo determinen las normas reguladoras de Derecho internacional privado aplicables en cada Estado, que se encuentran armonizadas mediante el Convenio de Roma de 1980³³ (en adelante CR).

15. Como podemos comprobar en el art. 9 de la directiva 94/47, hay una selección de los consumidores objeto de protección: *Artículo 9 Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente directiva, en caso de que el bien inmueble se encuentre situado en el territorio de un Estado miembro.*

³¹Sobre los intereses de política legislativa de la Directiva 94/47 Vid. N. Downes **¿Un mercado común de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido? La Ley , Unión Europea**, núm. 4766 de 31 de marzo de 1999, pp. 1 y ss.

³²N. Downes **Los contratos**... p. 244.

³³Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993; correc. de errores BOE núm. 189, de 9 de agosto de 1993) Convenio ratificado por todos los Estados miembros de la UE incluidos Suecia, Austria y Finlandia (BOE de 6-4-1999).

Por tanto el mandato comunitario que la directiva 94/47 dirige a los legisladores nacionales de los Estados partes y a todos los jueces de cada país en última instancia, consiste en la elaboración e interpretación de una normativa de transposición que incluyera todas y cada una de las cláusulas contractuales protectoras del consumidor contenidas en la directiva y que se aplicara a todos los adquirentes de este tipo de derechos sobre bienes inmuebles situados en el territorio comunitario. De aquí que esta opción legislativa, incite a las empresas a vender el uso de alojamientos situados en la Comunidad a domiciliados fuera de ella ya que estos difícilmente van a plantear la demanda ante un Tribunal comunitario y a vender los situados fuera de la Comunidad a los domiciliados en su interior. Con ello, se reducen considerablemente los supuestos de protección quedando desprotegidos gran parte de los consumidores establecidos en la C.E. cuando no sea aplicable la ley de un Estado comunitario.

16. La directiva por tanto repercute en distintos ámbitos. Por un lado obliga a todos los países comunitarios a incorporar los mínimos armonizados, de tal forma que cuando alguno de dichos ordenamientos sea el elegido por las partes o el objetivamente aplicable, cualquier juez del mundo va a dar cumplimiento a la normativa comunitaria. Así no sólo tendrá efecto con respecto al juez comunitario sino también con respecto a cualquier Juez cuyas normas de derecho aplicable remitan a un Estado comunitario. Por otro lado y respecto al juez comunitario, la directiva no sólo cumple el objetivo anterior sino además el de servir de filtro de la normativa extranjera cuando ésta no haya cumplido con su obligación de transposición estando obligada a ello o cuando sea de un país tercero siempre que el inmueble se encuentre en territorio comunitario.

¿Hasta donde pudo llegar?

17. El legislador comunitario pudo haber llegado más lejos como lo hizo en otras directivas. Así por ejemplo la directiva 93/13 de 5 de abril de 1993³⁴, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores art. 6.2: *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.* ○ la directiva 97/7 de 20 de mayo de 1997³⁵, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia: art. 12.2 *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros.* ○ la Propuesta de directi-

³⁴DOCE L 95/29, de 21-4-1993. LEY española de transposición 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación BOE 14-4-1998, núm. 89

³⁵DOCE L 144/1997, de 4 de junio.

va relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores³⁶, art. 11.3. "El consumidor no podrá verse privado de la protección que le ofrece la presente directiva cuando la ley por la que se rige el contrato sea la de un país tercero, en la medida en la que el consumidor tenga su residencia en el territorio de uno de los Estados miembros, y el contrato posea un vínculo estrecho con la Comunidad

18. Siguiendo esta misma política de protección al consumidor la directiva 94/47 pudo haber extendido su protección a todos sus domiciliados en la Comunidad que adquieran bienes inmuebles en cualquier parte del mundo, pero no quiso, pues pretendía potenciar el mercado interior dirigiendo las vacaciones de las personas establecidas en su territorio hacia lugares comunitarios y disuadiéndolos para que eviten las vacaciones en el Caribe. Como se expresa N.Downes las grandes líneas que traza la directiva y a las que deben ajustarse como mínimo los Estados miembros destinatarios de esta obligación consiste en que el adquirente debe poder contratar sus futuras vacaciones desde cualquier Estado miembro para ser disfrutadas en cualquier otro Estado miembro o en un conjunto de ellos y correlativamente el oferente comercializar sus productos en todos o algunos de los Estados simultáneamente, ya sea en condiciones de establecimiento o de libre prestación de servicios³⁷.

III. LÍMITES NACIONALES

1. ¿Hasta donde pueden llegar los legisladores nacionales?

19. Al margen de los límites temporales, los límites nacionales son de distinta índole. Por un lado nos debemos preguntar si el legislador nacional puede superar los límites materiales de protección del legislador comunitario. La contestación es afirmativa. Comprobamos que en el propio texto de algunas directivas³⁸, incluida la directiva 94/47 se establece esta posibilidad de ampliación del

³⁶DOCE , núm. C 385 de 11 de Diciembre de 1998, p. 10.

³⁷Ob.cit. p.2.

³⁸**Directiva 450/1984 del Consejo, de 10 de septiembre de 1984**, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. DOCE- L 250/1984 de 19-09-1984 Artículo 7 *La presente Directiva no obstaculiza el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de disposiciones tendientes a asegurar una protección más amplia de los consumidores, de las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como del público en general.*

Directiva 577/1985 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. DOCE- L372/198531-12-1985 Artículo 8 *La presente Directiva no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables en materia de protección a los consumidores en el ámbito amparado por ella.* Artículo 3.

Directiva 552/1989 del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas Disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. DOCE L 298/198917-10-1989 1. Los Estados miembros quedarán facultados, en relación con los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia, para establecer prohibiciones o normas más estrictas o más detalladas en los sectores cubiertos por la presente Directiva.

contenido material protector³⁹. Así hay países que han ampliado los contornos materiales de protección de la mencionada directiva y otros que los han incorporado fielmente como es el caso del derecho alemán.

20. Ahora bien, ¿es posible que el legislador nacional amplíe los supuestos objeto de protección? Es decir, ¿puede el legislador nacional extender la protección que otorga la directiva a supuestos de adquisición de derechos sobre inmuebles situados fuera de la Comunidad? La respuesta a este interrogante requiere de un tratamiento más detenido.

En la Sentencia ENKA, el TJCE ha afirmado que los Estados miembros deben ejercer su función de transposición dentro de los límites de los objetivos que, a través de la Directiva persiguen la Comisión y el Consejo⁴⁰. Pues bien, en los primeros considerandos de la directiva 94/47 se puede comprobar que la principal preocupación es la protección del mercado interior y para ello se protege a los consumidores que lo sean en dicho mercado⁴¹. *Quizás esta interpretación puede explicar la referencia que hace el art. 11 al ámbito de aplicación: La presente directiva no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones más favorables en materia de protección del adquirente en el ámbito regulado por la misma, sin perjuicio de sus obligaciones resultantes del Tratado.*

21. Podemos comprobar por tanto, como se instrumentaliza la protección del consumidor a los fines económicos comunitarios, tratando de desincentivar el consumo de estos productos fuera de la Comunidad. De aquí que cualquier ampliación del ámbito de aplicación de la directiva 94/47 suponga la potenciación del mercado exterior y pueda no garantizar el efecto útil de la misma⁴². Si la voluntad comunitaria hubiera sido ésta lo hubiera dicho tal y como lo ha hecho en otras directivas⁴³.

³⁹Art. 11: *La presente Directiva no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones más favorables en materia de protección del adquirente en el ámbito regulado por la misma, sin perjuicio de sus obligaciones resultantes del Tratado, De hecho países como Francia, Bélgica, Portugal y España han ampliado dicha protección.*

⁴⁰STJCE de 22 de marzo de 1977, C- 74/76, Rec. 1976, p. 577. Vid. E.M. Puerta Domínguez. La Directiva Comunitaria como norma aplicada en Derecho. Granada 1999, p. 480 y s.

⁴¹Fto. 1. *Considerando que las diferencias entre las legislaciones nacionales en materia de contratos relativos a la adquisición de derechos de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles pueden crear obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior, distorsiones de competencia y compartimentación de los mercados nacionales; 2. Considerando que el objetivo de la presente Directiva es la creación de una base mínima de normas comunes que permita garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y, a través de ello, la protección de los adquirentes.*

⁴²Sobre la garantía de protección del efecto útil de las directivas Vid. V. Abellán Honrubia y B. Vilá Costa **Lecciones de derecho comunitario europeo**, Madrid 1993, p. 88.

⁴³Vid. Infra apartado 17.

22. Por otro lado, el legislador comunitario tiene una serie de límites internacionales. En este caso, los que le impone el CR. Difícilmente podemos pensar que mediante una extensión unilateral de las normas de cada ordenamiento interno, pueda el legislador excepcionar el normal desarrollo y aplicación de un Convenio nacido de la voluntad de todos los países comunitarios sin un instrumento legislativo superior que de cobertura a dicha extensión como podría ser el previsto en su art. 23 que, en lo que alcanza a mi conocimiento, no se ha producido⁴⁴. Por todo lo cual debemos concluir que el legislador nacional puede proteger *más* pero *sólo* a los consumidores objeto de especial protección definidos por la directiva 94/47.

2. ¿Hasta donde han llegado algunos legisladores nacionales?

23. *No debe ser cierta la anterior argumentación cuando los legisladores nacionales, han ampliado en su mayoría el ámbito de aplicación de la Directiva 94/47 a excepción del español el portugués y el italiano, que lo han reducido a sus respectivos territorios. Veamos algunos ejemplos:*

Ley alemana de 20-12-1996⁴⁵

1. *Cuando un contrato que tenga por objeto la utilización a tiempo parcial de un inmueble o de un contrato para la financiación de este derecho esté regido por un derecho extranjero, serán aplicables las disposiciones de la presente ley si el inmueble está situado en el territorio de la Unión Europea o del EEE o si,*

2. *el contrato ha sido concluido como resultado de una oferta pública, una publicidad o actividad comercial similar realizada por el vendedor en un Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado parte del EEE y si el adquirente, en el momento de declarar su voluntad de concluir el contrato, tuviera su domicilio o residencia habitual en un Estado de la U.E o del EEE.*

Ley francesa 98/566 de 8 de julio⁴⁶

Será de aplicación la ley francesa:

⁴⁴Art. 23 del CR 1. *Si un Estado contratante, después de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio con respecto a él, deseara adoptar una nueva norma de conflicto de leyes para una categoría específica de contratos que entren en el ámbito de aplicación del Convenio, comunicará su intención a los demás Estados signatarios por medio del Secretario general del Consejo de las Comunidades Europeas (...).*

⁴⁵Rev. crit. dr.i nternat. privé, 87 (4) 1998 pp. 610 y ss.

⁴⁶Rev. crit. dr.i nternat. privé, 87 (4) 1998, pp. 742.

Art. 121-74

Cuando el bien o uno de los bienes esté situado sobre el territorio de un Estado miembro de la C.E., y cuando la ley que rige el contrato no contiene normas conforme a la directiva 94/47 (...), serán imperativamente aplicables las disposiciones en vigor, para respetar la mencionada directiva, de la ley del lugar donde se encuentre el inmueble o, en su defecto, las disposiciones de la presente sección.

Art. 121-75

Cuando el bien o uno de los bienes no esté situado sobre el territorio de un Estado miembro de la C.E., el consumidor con residencia habitual en un Estado miembro no podrá ser privado, cualquiera que sea la ley aplicable, de la protección que le aseguran estas disposiciones imperativas si

- El contrato ha sido concluido en el Estado del lugar de residencia habitual del consumidor.
- Si el contrato ha sido precedido en este Estado de una oferta especialmente hecha o publicidad y el consumidor ha realizado los actos necesarios para la conclusión del contrato.
- Si el contrato ha sido concluido en el Estado en que se encontraba el consumidor con ocasión de una oferta de viaje o de estancia hecha, directa o indirectamente, por el profesional con objeto de incitarle a contratar..

Timeshare Act. de 1992, modificada por las timeshare Regulations de 1997⁴⁷

Será de aplicación la ley inglesa:

Cuando una o ambas partes se encuentren en el Reino Unido o alguna de sus regiones; cuando una o ambas partes se encuentren en el Reino Unido al celebrar el contrato; cuando los alojamientos (es suficiente que uno de ellos incluya el Reino Unido) objeto del contrato se encuentren situados en el Reino Unido, o cuando, en el momento de su celebración el adquirente sea residente habitual en el Reino Unido y el alojamiento esté situado en otro Estado del E.E.E.

24. Como podemos comprobar en estos tres ejemplos a los que podríamos añadir las leyes de Austria, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Suecia y Luxemburgo⁴⁸, la mayoría de los legisladores europeos han ampliado el ámbito de la directiva, siendo proporcional su ampliación al grado de afectación de sus nacionales/domiciliados por los abusos de las empresas turísticas de los que han sido víctimas. De tal forma que un supuesto puede ser subsumido en más de una ley de transposición. Podemos comprobar que *el tono* que utiliza la ley alemana en la delimitación de su ámbito de apli-

⁴⁷N. Downes **Los contratos...** pp. 274 y ss.

⁴⁸. Vid. el informe de la comisión de la U.E. sobre la aplicación de la Directiva 94/47 CE del Parlamento Europeo y del Consejo en <http://europea.en.int/comm/dg24/policy/developments/time-shar/time02-esp.pdf>

cación resulta bastante más agresivo que el que utiliza la ley francesa o la ley belga, fruto quizás de la afectación que han sufrido especialmente los alemanes en determinadas zonas turísticas⁴⁹.

III. Límites españoles

1. ¿Hasta donde ha llegado el legislador español?

25. El legislador español, no sólo no ha ampliado el ámbito de aplicación de la directiva sino que no ha alcanzado los mínimos exigibles, como podemos observar a través de la lectura de la norma en cuestión:.

Disposición adicional segunda de la Ley 42/98

Imperatividad de la Ley

Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

26. Es muy difícil adivinar que pretendía el legislador español con esta reducción a los bienes situados en España y ello, porque seguramente no fue una reducción consciente. Se basó en el art. 16 del CB que, como hemos visto será de una difícil aplicación ya que estos productos salen normalmente al mercado bajo la forma de derechos personales y no reales y porque queda excluida la consideración de contratos de arrendamientos, por mor de la propia directiva. Y aunque ello no fuera así, el art. 16 tiene una formulación bilateral que podía haber imitado pues es la única técnica que puede optimizar los objetivos protectores de la directiva.

27. La realidad demuestra que, a excepción de algunos casos, los legisladores han querido paliar la limitación de dicha directiva ampliándola a los consumidores que presenten vínculos con la Comunidad distintos al del lugar donde radiquen los bienes. A partir de aquí nos surge una pregunta, ¿Qué valor tiene dicha ampliación?; ¿Cómo se conjuga en el CR? En principio, seguimos pensando que dicha ampliación no debe ser posible por las razones antes expuestas y por tanto carecería de valor. Pero vamos a intentar buscarle una operatividad. Situemos primero al juez en el marco del derecho aplicable.

2. ¿Hasta donde puede llegar el juez español?

28. Cuando el Juez español se encuentre ante un supuesto transfronterizo de aprovechamiento por turnos, sabemos ya que lo primero que debe controlar de oficio es su competencia judicial en virtud

⁴⁹Son innumerables las sentencias de las que disponemos de los Juzgados y Audiencia de Málaga cuya lectura da una idea del porqué el legislador alemán ha querido llegar tan lejos y es precisamente porque sus nacionales han constituido el principal mercado de tiempo compartido de estos últimos años. Respecto a la jurisprudencia en las Islas Canarias, basta echar una ojeada a la monografía de N. Downes **Los contratos**... para comprobar esta misma realidad.

de los arts. 19 CB (en el caso de que se trate de una acción sobre un derecho real) o en virtud del art. 20 CB (cuando se trate de un derecho personal).

29. A partir de aquí y, en el caso de que efectivamente sea competente, debe determinar la ley aplicable a la relación jurídica litigiosa que debe haber calificado y determinado en fase de competencia pues, como hemos visto, estos productos turísticos engloban un conjunto de derechos, obligaciones y cargas de distinta naturaleza jurídica, de aquí que, cuando hacemos referencia a la determinación de la ley aplicable, debemos especificar a cual de los aspectos jurídicos nos estamos refiriendo. Si el problema es la determinación de la existencia, contenido o reivindicación de un derecho real tendremos que acudir al art. 10.1 de nuestro Código civil que nos remite a la ley española en el caso de que el bien inmueble se encuentre en España, único supuesto también en el que el Juez español será competente en virtud del CB y CL. Comprobamos la coincidencia entre el art. 10.1 del CC y la ley 42/98, aunque con técnicas de positivación diferentes, bilateral en el primer caso y unilateral en el segundo. Desde nuestro punto de vista esto no quiere decir que todas las relaciones jurídicas que se constituyan en España deban configurarse en los términos reales o personales de la ley española cuando el bien inmueble se encuentre en su interior⁵⁰. La ley española será aplicable cuando las partes hayan querido configurar su derecho con efectos jurídicos-reales o personales a través del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada y uno al menos de los bienes inmuebles se encuentre en España⁵¹. En este caso, la configuración adoptará los perfiles de la ley española. F. Garcimartín Alférez argumenta esta idea afirmando que la ley no puede imponer al consumidor lo que debe adquirir y como lo debe adquirir⁵². En una economía de mercado (art. 38 CE) el punto de partida es la diversidad de productos y servicios y que sean los propios consumidores quienes escojan, entre esa diversidad. La principal función del Estado consiste en asegurar la transparencia informativa y el consentimiento racional de los consumidores, esta es la idea que aparece clara en el Anexo de la directiva 94/47⁵³.

⁵⁰Entre los extremos que debe contener el contrato contenidos en el art. 8. figura La naturaleza real o personal de los derechos que van a ser objeto de transmisión (...), y por otro lado en el art. 1.7 podemos comprobar la condena de nulidad que sufren los contratos que por virtud de los cuales se constituyan o transmitan cualquier otro derecho, real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos.

⁵¹Se ha dicho que basta que no cumpla alguno de los presupuestos de la aplicación del art. 1.7 de la ley 42/98 (tiempo superior a tres años, utilización de uno o más inmuebles, o, sobre todo, periodo determinable al año), ...para que no haya lugar a la sanción de nulidad allí prevista. Se podrían por tanto constituir válidamente derechos personales y derechos reales del tipo que sea, mientras no se cumplan todas y cada una de las condiciones previstas en el citado apartado. J.M. Ruiz Rico **“Multipropiedad y ley sobre derechos de aprovechamiento por turnos: La incomprensible voluntad de poner puertas al campo”** La Ley, núm. 4828 de 29 de junio de 1999, p. 5.

⁵²Así hay consumidores que prefieren adquirir un derecho real, pero hay otros que prefieren un derecho personal o un derecho de tipo societario, igual que hay consumidores que prefieren ser propietarios y otros vivir alquilados, lo importante es que cada uno sea consciente de lo que adquiere y lo valore en relación al precio que paga **Imperatividad internacional de la ley española sobre derechos de aprovechamiento por turno Boletín del Colegio de Registradores, nº 48, pp. 1193 y ss.**

⁵³b) *Naturaleza precisa del derecho objeto del contrato, y una cláusula en la que se indiquen las condiciones de ejercicio de ese derecho en el territorio del Estado miembro en el que estén situados el bien o los bienes, y, si estas condiciones han sido cumplidas o, en el caso contrario, las condiciones que todavía deberán cumplirse.*

30. En idéntica medida será aplicable la de la ley 42/98 en cuanto afecta a las normas sobre constitución del régimen cuando el bien inmueble se encuentre en España dada la alta incidencia de normas de intervención, así como las normas relativas a la forma del contrato cuando se den las circunstancias del art. 9 del CR. En cuanto a la capacidad de las partes para contratar se aplicará la ley nacional de las partes en virtud del art. 9.1 del CC con las correcciones que impone el del CR en virtud del interés nacional. Si nuestro problema es de carácter obligacional, deberá recurrir bien al art. 10. 9 del Código civil que nos remite a la ley del lugar en que ocurrió el hecho dañoso si se trata de una obligación extracontractual, conexión que coincide también con los criterios de competencia del art. 5.3 de los CB y CL y art. 22.3 de la LOPJ, o bien al CR cuando se trate de una responsabilidad contractual, único supuesto en el que debemos interpretar la normativa aplicable a través del tamiz de la directiva 94/47.

31. El juez de un Estado comunitario *deberá aplicar el CR para determinar la ley aplicable a los contratos pluriconectados jurídicamente con ordenamientos de Estados ratificantes o no, celebrados con posterioridad a su entrada en vigor*⁵⁴. Respecto al ámbito de aplicación material el Convenio exige una interpretación autónoma de los conceptos allí contenidos. En cuanto afecta a los contratos turísticos de referencia, podemos decir que quedarían incluidas todas las relaciones jurídicas entre vendedor y comprador de servicios turísticos entre los que se incluye el alojamiento en un bien inmueble. Así mismo podríamos incluir la validez de la cláusula de elección de foro⁵⁵ y la relación entre el socio y el club⁵⁶ dada la construcción pseudoasociativa de los clubes que constituyen una de las principales formas de adquisición de este tipo de derechos. Respecto al ámbito de aplicación espacial hay que tener en cuenta que es un Convenio que se aplica por los jueces de Gibraltar y de la Isla de Man⁵⁷, lugares a los que las empresas tienden a derivar sus vínculos jurídicos.

⁵⁴ El Convenio de Roma de 1980 es de eficacia *orga omnes* y lo han ratificado todos los estados comunitarios.

⁵⁵A. Rodríguez Benot **Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en derecho comunitario europeo**, Madrid 1994, pp. 415 y ss.

⁵⁶Art. 1 del Convenio de Roma de 1980 *Ámbito de aplicación*

1. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.

2. No se aplicarán (...)

e) A las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica.

Estas materias quedarán reguladas por el art. 9.11 del Código Civil. Todo lo demás, como pueden ser los contratos preliminares tendentes a crear simplemente relaciones entre las partes no se excluyen. Es decir, que cuando un grupo de promotores acuerdan formar una sociedad o un club en términos de *timesharing* turístico- este acuerdo cabría dentro del ámbito del Convenio. Tampoco se excluyen los contratos que estas sociedades, ya constituidas, celebren con sus clientes Vid. Informe Giuliano/Lagarde, DOCE núm. C 327 de 11-12-1992, p. 12 y N-Downes *Los contratos...* p. 223.

⁵⁷Los Jueces de Gibraltar y de la isla de Man deberán aplicarlo en virtud de la extensión que hizo el Reino Unido el 18 de julio de 1994. Ello motivó una Declaración por parte de España publicada en el BOE núm. 162 de 8-6-1995. Respecto a la isla de Man, el Parlamento autónomo de la Isla promulgó el 14-4-1992 un "Act of Tynwald" incorporando el Convenio de Roma de 1980 a su legislación. Vid. M^{ra} Asunción Asín Cabrera **Islas y Archipiélagos en las Comunidades Europeas. Estudio de los Regímenes jurídicos especiales con particular consideración de Canarias. Tecnos,, 1988, espec. 11y ss. Ibídem. La extensión del ámbito de aplicación territorial del Convenio de Roma de 1980...** REDJ, vol. XLIX (1977), 1, pp. 341 y ss.

32. En virtud del mencionado Convenio, el juez deberá aplicar con carácter prioritario la ley elegida por las partes. Los contratantes pueden elegir la ley que consideren oportuna pero sin conseguir con ello eludir la normativa comunitaria en los casos que sea de obligado cumplimiento ni la normativa interventora del juez del foro o de terceros Estados conectados al supuesto (art. 7 CR) cuestión sobre la que volveremos posteriormente. La elección puede ser expresa o tácita. La existencia y validez de la cláusula de sometimiento se rige por la ley elegida en principio (art. 3.4 y 8 CR) salvo que no resultara razonable determinar el efecto del comportamiento del adquirente por dicha ley por considerarse lejana o imprevisible para el adquirente, como es el caso de elección mediante cláusulas generales⁵⁸. En tal caso se aplicará la ley de la residencia habitual del adquirente.

33. En defecto de sometimiento, el juez está obligado a aplicar la ley que presente los vínculos más estrechos. Ahora bien, en su búsqueda está asistido de una serie de presunciones legales que pueden servir de guía pero de las que puede prescindir en virtud del art. 4.5 dado su carácter *iuris tantum*, si ante el caso concreto y tras las alegaciones y pruebas de las partes concluye que la ley a la que conduce la presunción no es la que presenta los vínculos más estrechos.

34. Las presunciones son las siguientes: *Ley del lugar de la residencia habitual del que realiza la prestación característica en el momento de celebración del contrato., si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento.* Esta presunción concentra los vínculos más estrechos en el domicilio de la sociedad que vende los derechos turísticos, sin embargo, es una presunción poco operativa, sobre todo porque será fácil de destruir por parte del adquirente. Es muy difícil saber cual es la sociedad que realiza la prestación característica. Podríamos interpretar que es la propietario de los derechos de ocupación, esto es la vendedora de los derechos (posteriormente habría que determinar su domicilio, posiblemente en paraísos fiscales). Sin embargo la otra parte puede argumentar que dicha conexión remite al domicilio de la empresa de servicios ya que es la que se encuentra normalmente en territorio comunitario⁵⁹. De cualquier forma, en los contratos complejos en los que se desarrollan los productos turísticos de referencia sería muy complicado determinar en cada caso el lugar del domicilio o residencia de la sociedad que realiza la prestación característica, sobre todo en las formulas de venta por puntos que son las más extendidas, en las que las prestaciones características son múltiples, se pueden añadir nuevas y suprimir las existentes. En estos casos, el adquirente, cuando no le interese, podrá argumentar que dicha presunción no puede operar ante la imposibilidad de determinar la prestación característica (art. 4.5 CR).

35. La segunda presunción remite a *Ley del lugar donde esté situado el inmueble.* Esta presunción operará cuando el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un bien inmueble. Necesariamente el legislador cuando piensa en esta conexión lo hace porque

⁵⁸S. Álvarez González, **Condiciones generales de la contratación internacional**, Madrid 1992, pp. 57.

⁵⁹Cfr. el art 4.1 c) de la Ley 42/98.

a priori se plantea la relación estable y duradera entre dos partes en un contrato de arrendamiento o respecto a un derecho de uso o de disfrute de un bien inmueble donde éste adquiera un protagonismo digno de determinar la ley aplicable.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, sería otra presunción fácilmente destruible por las partes. Sobre todo cuando el objeto del contrato sea la utilización de varios inmuebles situados en distintas partes del mundo. En la mayoría de los casos la vinculación con el contrato de la ley del lugar donde se encuentra el inmueble es efímera y por tanto en la práctica no se convertirá en ley que presenta los vínculos más estrechos.

36. Podemos concluir por tanto que le queda al juez una creativa labor de búsqueda de la ley que ante cada caso concreto presente los vínculos más estrechos, que podrá ser cualquiera de las determinables mediante las presunciones antes mencionadas siempre que reúna los atributos de vinculación que podrían venir dados por otras conexiones que el juez, en colaboración con las partes deberá apreciar ante el caso concreto.

37. Al igual que el CB o el CL en el ámbito de la competencia, el CR en el ámbito de la Ley aplicable, prevé un régimen protector cuando el supuesto sea subsumible dentro de la categoría de consumidores protegidos en virtud del art. 5. Este régimen consiste en la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor cuando éste sea objeto de protección especial y a la vez en la imposibilidad de dejar de aplicar las normas protectoras de dicha ley cuando la empresa intente eludirla mediante cláusulas de sometimiento a ordenamientos extranjeros⁶⁰. Sin embargo el ámbito de la protección contenido en el art. 5 tiene un contenido material que reduce considerablemente su aplicación.

38. Ha habido autores que han negado la aplicación del art. 5 por considerar que no estamos ni ante un suministro de bienes muebles corporales ni tampoco ante un suministro de servicios⁶¹. Sin embargo, hoy por hoy tras la amplia jurisprudencia especialmente alemana, española e inglesa y con la última sentencia del TJCE⁶², es difícil poder convencer a un juez de que, en la gran mayoría de los casos, no estamos ante una prestación de servicios.

39. Respecto a la exigencia del art. 5.4 del CR de conexión territorial de los servicios con el Estado de la residencia del consumidor que haría inaplicable en la mayoría de los casos este pre-

⁶⁰Art. 5 Contratos celebrados por los consumidores

(...) 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3., la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:

(...)

⁶¹M. Virgos Soriano **Comentarios al art. 10.5 del Código Civil** en *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1995, p. 676 y ss.

⁶²Vid. *supra* nota [10].

cepto protector, ya hay voces que se alzan interpretando dicho precepto en el sentido de ampliar la conexión no sólo con la residencia del consumidor exclusivamente sino con todo el territorio europeo⁶³.

40. A estas limitaciones materiales tenemos que añadir las limitaciones respecto a la casuística del contrato que definen al adquirente dentro de la categoría de consumidor pasivo objeto de protección⁶⁴. Sin embargo al ir cambiando las técnicas de comercialización de los productos e ir separándose las empresas de estas formas de comercialización para eludir la protección, la doctrina ya está planteando la posibilidad de que el precepto se adapte para considerar *consumidor pasivo* a aquellos que sean esperados, captados e incluso seducidos, en lugares que reproducen con gran esmero el entorno social de su país de origen, el idioma, la comida, bebida y música que le son próximos con técnicas perfectamente estudiadas y estadísticamente probadas⁶⁵.

41. Hasta aquí hemos visto el camino para determinar la ley aplicable al contenido obligatorio de los contratos de aprovechamiento por turnos. Dicha ley regirá los aspectos contemplados en el art. 10 del CR., que por su especial importancia vamos a reproducir:

1. La Ley aplicable al contrato en virtud de los artículos 3. a 6. y del artículo 12 del presente Convenio regirá en particular:

a) Su interpretación.

b) El cumplimiento de las obligaciones que genere.

c) Dentro de los límites de los poderes atribuidos al Tribunal por sus leyes procesales, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas.

d) Los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo.

e) Las consecuencias de la nulidad del contrato.

(...)

42. Si nos damos cuenta, gran parte del contenido de la ley aplicable es el regulado por la directiva 94/47 de obligado cumplimiento para todo juez comunitario cuando el inmueble se encuentre dentro del territorio de la CE. Sin embargo sabemos también, que la normativa de transposición ha podido elevar el nivel de protección de dicho adquirente e incluso extender o reducir su ámbito de aplicación. A partir de aquí, se nos plantean los siguientes supuestos.

⁶³ Vid. M. Vargas Soriano. Comentarios al artículo 105... p. 678.

⁶⁴ Art. 5.2 -*Si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en este país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o*

-Si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o

-Si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

⁶⁵ N. Downes **Los contratos**... p. 263.

A). Bien inmueble situado en territorio comunitario

43. En estos casos el imperativo comunitario es conseguir la máxima protección del consumidor mediante la protección de su autonomía de la voluntad en cualquier fase contractual. Por otro lado las delimitaciones espaciales de las leyes de transposición obligatoriamente tienen que contener el supuesto, salvo errores como el caso español, llegándose a producir que un supuesto se subsuma en el ámbito de aplicación de varias leyes. Así, partiendo de estos datos, cuando la ley aplicable en virtud del CR no tenga incorporados los imperativos de la directiva 94/47, el juez deberá aplicarla directamente en virtud del filtro correctivo del art. 20 del CR y del principio general de primacía comunitaria. Si la ley aplicable respeta los imperativos de la directiva podrá aplicarla sin problema.

44. Ahora bien, compliquemos el caso. ¿Tendría cabida la aplicación de otros ordenamientos de transposición que hubieran superado cuantitativamente los límites protectores de la directiva y además presentarían vínculos estrechos con el contrato? Aquí entramos en el complejo mundo de las normas imperativas del art. 7⁶⁶ del CR⁶⁷. En un esfuerzo de síntesis podemos decir que el objetivo de dicho artículo es servir a la máxima protección de los intereses públicos cifrados en normas de interés económico, social o cultural mediante la excepción a la ley normalmente competente. Si partimos de los argumentos anteriormente esgrimidos llegamos a la conclusión de que las normas de protección al consumidor son normas de protección o interventoras de los intereses privados de los consumidores pero que, instrumentalizan la defensa del mercado en general y en el caso de la directiva, del mercado comunitario. De aquí que no debamos ver inconvenientes para que el Juez español, o cualquier juez comunitario, excepción la ley normalmente competente cuando ésta proteja menos que la ley española o la de cualquier país comunitario que presente vínculos con el contrato⁶⁸. Aplicamos, en este caso y en todos aquellos en que pueda ser de aplicación varias normativas protectoras internacionalmente aplicables, el principio de mayor protección que se está presentando en la práctica como la posibilidad que tiene el juez de seleccionar entre las normas aplicables aquella que dispense un estándar de

⁶⁶Art. 7 Leyes de policía 1. *Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las Disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.*

2. *Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del Juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.*

⁶⁷Por todos Vid. I. Guardans Cambó, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona 1992, espec. pp. 318 y ss. Sobre el problema que genera la inclusión de normas de D^o internacional privado en el derecho derivado Vid. Jayme y Kohler,

“L’interaction des règles de conflictmcontenues dans le droit derivé de la Communauté européen et des conventions de Bruxelles et de Rome, *Rev. Crit.dr.intemat. privé*, núm. 84, enero-marzo 1950.

⁶⁸En contra F. Garcimartín Alférez en **La imperatividad** ... El autor niega la aplicación del art. 7.2 dado que las normas de protección al consumo no son el tipo de normas subsumibles en dicho precepto que sólo hace referencia a las de naturaleza jurídico-públicas que garantizan intereses generales, económicos o políticos ligados con la economía del país que las dicta. Basa su argumentación en EBKE, **“Schuldrechtliche Teilzeitwohnrechte an Immobilien im Ausland und kein Widerrufsrecht: Zum Ende der Altfälle”**, *IPRax*, 1998, pp. 263 y ss. KLAUER, **Die Europäisierung des Privatrechts**, 1998. OTTE, **“Anwendbares Recht bei grenzüberschreitendem Timesharing”**, *RabelsZ*, 1998, pp. 405 y ss.

mayor de protección de los derechos. Se trataría de un criterio jurisprudencial de selección de la norma aplicable. Sólo podría darse en presencia de varios ordenamientos, todos ellos con vocación normativa sobre un caso concreto⁶⁹.

Con esta interpretación enarbolamos la bandera comunitaria ya que sirve a sus objetivos y dentro de los términos asumidos por el CR. Solucionamos el problema de determinar cual de entre las normas de transposición con vocación para ser aplicadas del art. 20⁷⁰, *debe elegir el Juez mediante su inserción en el art. 7 y utilizando el principio de mayor protección.*

B). Bien inmueble situado fuera de España

45. En estos casos la situación es distinta. El Juez español ya no está obligado por el imperativo comunitario de la directiva 94/47, aunque sigue estándolo por el CR. Por otro lado, el supuesto puede estar incluido en el ámbito de aplicación de otros ordenamientos que han extendido el ámbito de la directiva, que ya sabemos que no es precisamente el español.

46. A partir de aquí, el juez deberá comenzar siempre por determinar la ley aplicable en virtud del CR que le puede conducir:

1. A un ordenamiento comunitario con normas de transposición y con vocación para ser aplicadas. Miel sobre hojuelas, que diríamos en Málaga.
2. A un ordenamiento comunitario con normas de transposición pero sin vocación para regular el supuesto. La actual configuración del Dº internacional privado y en este caso del CR impide que la determinación de la ley normalmente aplicable se haga depender de la voluntad de la norma reclamada⁷¹, de aquí que deberá ser aplicada.
3. A un ordenamiento no comunitario con normativa contractual de escasa o nula protección. Aquí empiezan a plantearse las dudas respecto a aquellos ordenamientos comunitarios o no que contengan normas más protectoras y que subsuman el supuesto en su ámbito de aplicación por presentar vínculos estrechos con su ordenamiento. Así el español domiciliado en España que contrata con una empresa domiciliada en Alemania durante unas vacaciones en Hamburgo, derechos de uso de inmuebles situados en Suiza y se someten a una ley que no contiene normas de protección o de escasa protección. Aparece otra vez el art. 7 del CR. El Juez español se

⁶⁹Esta teoría está inspirada en la práctica de los Estados Unidos y se está ensayando en el ámbito de integración europeo en el que varios ordenamientos conviven sin fronteras precisas que delimiten sus respectivos campos de aplicación o como sucede en nuestro caso, cuando varios ordenamientos comunitarios se declaran aplicables a un mismo supuesto en virtud de un mandato comunitario Vid. A.Rodríguez "Juez español, derecho europeo y mayor protección de los derechos fundamentales (en prensa).

⁷⁰Art. 20 :*El presente Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las **disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos derivados de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos.***

⁷¹I. Guardans Cambó **Contrato internacional**... cit supra pp. 328 y ss.

podría plantear la aplicación del art. 7.2 y aplicar la ley española como excepción, sin embargo carece de la Imperatividad necesaria para que una ley actúe con carácter excepcional. Respecto a la aplicación de la ley alemana al encontrarse el supuesto dentro de su ámbito de aplicación nos llevaría a detenernos en el art. 7.1 que contiene una frase que nos puede dar una pista ***Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.*** En este caso las consecuencias de su inaplicación conllevaría la ausencia o deficiente protección del consumidor. ¿Debe protegerlo el juez español mediante la aplicación de la ley alemana? Para contestar hay algo que todavía no he dejado claro ¿Impide el efecto útil de la directiva la extensión de la protección de los consumidores que lo sean en mercados no comunitarios? ¿Pretende la directiva sancionar a estos consumidores con la desprotección? Nos cuesta mucho trabajo afirmarlo, pero todos los indicios nos llevan a hacerlo. Si ello fuera así, carecería de efecto la ley alemana en estos supuestos excepcionales y no le quedarían al juez más mecanismos de protección que recurrir a otras leyes de protección a los consumidores que se subsumieran el supuesto como las que comentábamos en el apartado 17.

47. Completaría este breve recorrido del aprovechamiento por turnos las especialidades que puede llegar a presentar este producto en fase de ejecución de resoluciones extranjeras, donde va a tener una enorme importancia la calificación que del producto se haga ya que variarán considerablemente las posibilidades de ataque del demandado en ejecución según se trate de un contrato de consumo protegido o no, de un contrato de arrendamiento o de un derecho real. Sin embargo, los límites propios de esta ponencia con los que comenzaba mi exposición me llevan a concluir. Sólo me resta decir que el Juez comunitario tiene y va a tener cada vez más, diversos cauces jurídicos para incorporar la diversa normativa protectora de los consumidores. De aquí que la búsqueda del éxito empresarial de este mercado se pueda encontrar en las mismas técnicas utilizadas por la CE. La empresa que más y mejor proteja al consumidor será la que genere más confianza y por tanto la que genere más beneficios.

14

LA LEY 42/1998,
DE 15 DE DICIEMBRE,
SOBRE DERECHOS DE

APROVECHAMIENTO POR
TURNO DE BIENES INMUE-
BLES DE USO TURÍSTICO Y
NORMAS TRIBUTARIAS:
PROCESO DE ELABORACIÓN

LA LEY 42/1998, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USO TURÍSTICO Y NORMAS TRIBUTARIAS: PROCESO DE ELABORACIÓN*

Emilio Campmany

Registrador de la Propiedad

El fenómeno que hasta ahora hemos conocido como "multipropiedad", y que ya empezamos a llamar "régimen de derechos de aprovechamiento por turno", comenzó a desarrollarse en España, tal y como hoy lo conocemos, en la década de los '80.

Muy poco después de nuestro ingreso en lo que por entonces era la Comunidad Económica Europea en 1986, comenzaron a llegar desde las instituciones europeas innumerables denuncias de ciudadanos comunitarios que decían haber sido estafados en España a cuenta del aprovechamiento por turno. Se nos acusó en aquel tiempo de no ser capaces de dar una respuesta adecuada a las circunstancias, no tanto por falta de voluntad, lo que sería más propio de un país desarrollado, como por falta de capacidad, lo que encerraba la velada acusación de ser un país hasta cierto punto tercermundista. Hay que aceptar que, por parte de la Administración española, hubo una respuesta que en la Comunidad, hoy Unión, quizá tuvieran por tibia, pero deben considerarse, para comprender la actitud española, algunas condiciones que se dieron y que obligaron a no contagiarse del "histerismo" comunitario:

1ª. España era (y es) el segundo país del mundo, tras Estados Unidos, en cuanto a número de complejos inmobiliarios turísticos explotados de este singular modo.

2ª A diferencia de Estados Unidos, el mercado español del aprovechamiento por turno estaba (y aún hoy sigue sustancialmente estando) dirigido a los consumidores extranjeros.

3ª. No sólo eran extranjeros los estafados, sino que en la mayoría de los casos eran extranjeros los propios estafadores y en muchas ocasiones la estafa se comecía fuera de España y nuestro único vínculo con el fraude estribaba en la circunstancia de estar situado el inmueble de referencia en nuestro país.

Partiendo de estos supuestos, era singularmente difícil adoptar con rapidez soluciones serias. Por un lado, porque era evidente que no se trataba tanto de un problema de lagunas legislativas como de abusos del desconocimiento que lógicamente los extranjeros tienen del derecho español. Por otro, porque no era fácil idear el modo de luchar contra un fraude cuando la contratación se hace entre extranjeros y, con frecuencia, en el extranjero. Y finalmente por la natural resistencia a tener que restringir principios tan arraigados como el de la libre contratación y la autonomía de la voluntad para proteger a contratantes incautos, en su mayoría extranjeros.

Conferencia pronunciada en las II Jornadas de Derecho Turístico, el día 16 de abril de 1998

Poco después se comenzaron a elaborar en la Unión Europea los primeros informes y resoluciones, que finalmente culminaron en la Directiva 94/47/CE de 26 de octubre de 1994, "relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido". A pesar de la generalidad de la Directiva, como la de cualquier otra norma, no es aventurado afirmar que, si España se hubiera mantenido fuera de la Unión Europea, tal Directiva nunca hubiera existido. Se trata pues de una Directiva cuya esencial finalidad es la de "meter en cintura" al sector del tiempo compartido en España.

A pesar de la relativa incompreensión que la Unión dispensó a la actitud española, debe decirse que, al menos desde el punto de vista de la iniciativa legislativa, España reaccionó relativamente pronto al problema. Ya en 1990, cuatro años antes de que viera la luz la Directiva, se elaboró en el Ministerio de Justicia el llamado "borrador de anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios", donde además de la propiedad horizontal y de las urbanizaciones privadas, se regulaba la que todavía era llamada "multipropiedad".

Mientras tanto, con igual ritmo, se trabajaba en el que por entonces era el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo para elaborar otro borrador de anteproyecto que había de ocuparse de la misma materia, pero partiendo de un punto de vista completamente diferente, observando el derecho de aprovechamiento por turno como un producto turístico. Así se inició la esquizofrenia que ha caracterizado el desenvolvimiento de la acción de gobierno en esta materia. Por una parte, el Ministerio de Justicia se preocupó de elaborar una norma que regulara los aspectos civiles e inmobiliarios del derecho, configurándolo como una forma especial de propiedad. Por otra, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo se ocupó de elaborar unas reglas partiendo de la base del hecho innegable de que el derecho que se quería regular rezumaba savia turística por todos sus poros.

En esta lucha" burocrática entre ambos Ministerios por hacerse con la elaboración del borrador que sirviera de base a la futura ley reguladora del aprovechamiento por turno venció el Ministerio de Justicia por dos razones fundamentales.

La primera estribaba en que el producto turístico exige la existencia de una relación jurídico civil entre el empresario y el consumidor que no estaba específicamente regulada en nuestro Derecho. Ello significaba que cualquier regulación que del fenómeno se hiciera exigía determinar el contenido legal mínimo que dicha relación jurídico-civil había de tener. Siendo como es un sector donde la legislación debe tender a la protección del consumidor, la regulación de tal contenido debía ser bastante profunda, dejando poco espacio a la autonomía de la voluntad. Lógicamente, una normativa de esa naturaleza, estrictamente civil, sólo podía hacerse desde el Ministerio de Justicia.

La segunda razón que explica la "derrota" del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo está conectada con la anterior. Efectivamente, la necesidad de una normativa civil básica no eximía de considerar el derecho como lo que esencialmente es, un producto turístico, y de aceptar la necesidad de elaborar, junto a la normativa civil, otra de naturaleza administrativa que regule las cuestiones que

surgen precisamente por la naturaleza turística del producto. Sin embargo, durante el largo proceso de elaboración de la norma ocurrió que el Estado fue transfiriendo, hasta hacerlo respecto de todas las Comunidades Autónomas, las competencias en materia de turismo, cercenando así las posibilidades del Estado de regular los aspectos turísticos de la industria del aprovechamiento por turno. Dado que era precisamente la necesidad de dotar a la futura regulación de un contenido esencialmente administrativo-turístico lo que justificaba la intervención del Ministerio económico en la elaboración del borrador, una vez desaparecida la posibilidad de darle ese contenido, desaparecieron igualmente las razones que justificaban la intervención de ese Ministerio.

Estas dos razones son las que hicieron que el Gobierno encomendara finalmente la elaboración del borrador, que había de convertirse en la Ley que traspusiera la Directiva, al Ministerio de Justicia. El debate, sin embargo, no fue estéril, porque sirvió para que en Justicia se llegara a tener conciencia de que, al elaborar la regulación de la base civil del aprovechamiento por turno, no podía desconocerse que detrás de ello se encontraba lo que en esencia era un producto turístico, con todas sus peculiaridades, aunque no pudiera entrarse a regular los aspectos esencialmente turísticos.

El caso es que, resuelta la polémica sobre el órgano de la Administración que debía encargarse de la elaboración de un borrador que regulara la institución en favor del Ministerio de Justicia, éste encomendó nuevamente a la Dirección General de los Registros y del Notariado el trabajo. Convencida ésta de la necesidad de considerar los aspectos turísticos, aun sin regularlos, se decidió abandonar la idea de una Ley de Conjuntos Inmobiliarios y se adoptó la de elaborar un texto dedicado exclusivamente al aprovechamiento por turno. Ello, además, facilitaba el trabajo en cuanto a la trasposición de la Directiva, que era cuestión que no podía estar supeditada a los retrasos que el trámite pudiera sufrir por el hecho de regular otras instituciones tanto o más polémicas, como sin duda es la propiedad horizontal, tal y como ha habido ocasión de comprobar con la reciente, y hasta cierto punto moderada, reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960. Así fue que, muy pronto, durante el mismo año de la publicación de la Directiva, en 1994, la Dirección General tuvo ultimado un borrador de "Anteproyecto de Ley sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles".

La primera circunstancia que llamaba la atención en este texto era su extensión, nada menos que 53 artículos agrupados en cuatro títulos. El Título I se ocupaba de las "Disposiciones Generales", donde se incluían las normas comunes a todo tipo de regímenes, en especial las que estaban dedicadas a cumplir la obligación de trasponer la Directiva. El Título II se ocupaba de "Los derechos de aprovechamiento por turno de carácter real". Se dividía este Título en cinco capítulos. El primero de ellos estaba destinado a la "Multipropiedad", entendida en sentido estricto, esto es, como derecho de propiedad de una cuota indivisa del apartamento que atribuye a su titular el derecho exclusivo a ocupar el inmueble durante un período determinado al año. El Capítulo II trataba de la "Comunidad de aprovechamientos por turno", que se correspondía sustancialmente con el sistema que la vigente ley regula como derecho real limitado, es decir, un derecho real en el que la limitación, frente al derecho de propiedad, consistía precisamente en la limitación temporal del régimen de forma que, a su extinción, el propietario consolidara nuevamente el pleno dominio sobre todo el complejo inmobiliario. El Capítulo III englobaba lo que se consideraban "normas comunes" a los sistemas de los dos capítulos anteriores y eran muy numerosas por la evidente proximidad, en cuanto a naturaleza jurídica, existente

entre los dos sistemas. El Capítulo IV regulaba los “Órganos de la multipropiedad y de la comunidad de aprovechamientos por turno” inspirándose decididamente en la regulación de la Ley de Propiedad Horizontal, sin desconocer las dificultades que todo ello entrañaba, tal y como demostraba la extraordinaria extensión del capítulo (artículos 29 a 45). Finalmente, el Capítulo V estaba dedicado a la “Prestación de los servicios” y, por lo tanto, a la pormenorizada ordenación de lo que, hasta poco antes de publicarse la vigente Ley, se han venido conociendo como “sociedades de servicios”. El Título III recogía la normativa de los “Derechos de aprovechamiento por turno de carácter personal”. Las peculiaridades más importantes que presentaba eran dos: la duración máxima del régimen estaba limitada a 15 años y se admitía la posibilidad de que el régimen configurara los derechos de aprovechamiento por turno como “flotantes” o, lo que es lo mismo, como derechos en los que el apartamento en el que se iba a disfrutar no estuviera determinado en el momento de la adquisición del derecho (la posibilidad de que el derecho “flotara” también respecto del período al año durante el cual se iba a ocupar el inmueble, posibilidad admitida en la vigente Ley, no se contemplaba). Por último, el Título IV recogía las “Reglas especiales”.

Los principales defectos que se atribuían a este borrador estaban todos relacionados con su extensión. Por supuesto, se decía que era demasiado extenso y, por tanto, con vocación reglamentista, con una regulación preocupada en exceso por el detalle. Esta acusación, seguramente fundada, podía contestarse alegando la contraindicación que existe a la posibilidad de desarrollar, mediante reglamentos, las leyes civiles, que es principio incontestado a pesar de que existen excepciones que, por otra parte, están perfectamente justificadas, como son los casos de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Registro Civil en los que ambas leyes se encuentran flanqueadas por sus respectivos reglamentos en virtud de la necesidad que hay de normar de un modo muy detallado los dos Registros que ambas dos consagran y establecen. También fue acusado de contener normas de naturaleza turística, de carácter administrativo, no civil, que de un modo más o menos discutible vendrían a invadir, si convertidas en ley del Estado, las competencias de las Comunidades Autónomas.

Por estas razones y porque el sector empresarial presionó para que no hubiera demasiada prisa en trasponer una Directiva que exigía el establecimiento del temido derecho de desistimiento y contando con el margen que proporcionaba el hecho de que la fecha límite para la trasposición fuera el 27 de abril de 1997, los trámites se fueron retrasando. Ocurrió entonces que las Cortes fueron disueltas a finales de diciembre de 1995. Las elecciones subsiguientes, en marzo de 1996, conllevaron lo que en los Estados Unidos llaman un cambio de administración consecuencia de una victoria de la oposición y la correlativa derrota del gobierno.

Desde muy pronto, el nuevo equipo del Ministerio de Justicia (ya separado de Interior) aceptó el reto que entrañaba la trasposición de la Directiva 94/47. El punto de partida fue, desde luego, el borrador de 1994, tomada ya conciencia de su principal defecto, lo prolijo y minucioso que era, y con cierta inconsciencia de la relativa invasión que de las competencias de las Comunidades Autónomas que su texto implicaba. Esto último estaba justificado porque todavía no se había publicado la importantísima Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 relativa a la

constitucionalidad de la Ley del Suelo, esencial para interpretar adecuadamente lo que significa que determinada competencia se halle transferida a una o a todas las Comunidades Autónomas.

La primera decisión importante que hubo que tomar fue la de resolver si la ley española debía limitarse a trasponer las normas contenidas en la Directiva o si era necesario que se ocupara además de ir más allá y dotar a la institución de una regulación completa. Para dar con la solución correcta era ante todo necesario ver si nuestro ordenamiento jurídico tenía la suficiente amplitud como para que en él cupieran los muy distintos sistemas jurídicos de tiempo compartido que se estaban constituyendo en la práctica dentro de nuestro país. El problema ya había sido afrontado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1993, donde se venían a aceptar como perfectamente posibles tales sistemas con tal de que se configuraran de un modo que fueran viables económicamente y que estuvieran suficientemente determinados jurídicamente. Ahora bien, el problema era, en realidad, de diferente naturaleza. No se trataba tanto de decidir si nuestro ordenamiento jurídico aceptaba este tipo de configuraciones en base al principio de autonomía de la voluntad, como de ver si era necesario introducir precisamente restricciones a tal principio para que el consumidor se viera adecuadamente protegido. Este era el camino marcado por la propia Directiva y la cuestión, entonces, se limitaba a ver si era necesario, partiendo de nuestro Derecho positivo, contemplar otros aspectos que la propia Directiva no trataba, probablemente por las limitaciones impuestas por su propia naturaleza. Ello exigía contemplar con objetividad la situación real en que se encontraba el sector de la actividad económica que la ley debía regular, ya que, si de restringir la autonomía de la voluntad se trataba, era esencial hacerlo sólo en la medida en que fuera necesario para la consecución de un bien superior, la correcta protección del consumidor, procurando no ir demasiado lejos para evitar la estrangulación de una actividad económica sobre el papel perfectamente lícita.

En este sentido, era patente la existencia de gran cantidad de fraudes, causa última de la misma Directiva. Algunos de ellos, los más conocidos y los que habían sido objeto de mayor número de denuncias, eran prevenidos por las normas de la propia Directiva (piénsese en las agresivas técnicas de venta, frecuentemente denunciadas en los medios de comunicación, que quedaban en su mayor parte conjuradas por el derecho de desistimiento, que proporciona un amplio margen de tiempo para la reflexión y permite al consumidor, una vez que se ha liberado de la presión del vendedor, revocar su decisión en aquellos casos en que fue adoptada para liberarse al fin de esa presión o después de haber sido conducido hábilmente a un estado de euforia efílica). Pero los abusos que previene la Directiva no son los únicos que se producían en la práctica. Es cierto que algunas conductas censurables sólo podían ser sancionadas mediante la legislación autonómica, por ser cuestiones estrictamente turísticas y, por lo tanto, relativas a una materia cuya competencia ha sido transferida (cuestiones relativas a las categorías de los establecimientos o a las inspecciones para controlar la calidad de los servicios) y otras, incluso, sólo podían ser combatidas mediante ordenanzas municipales (tal y como ocurre respecto de las actividades encaminadas a captar clientes en la calle, que constituye una de las imágenes más deploradas de las empresas del aprovechamiento por turno). Sin embargo, en la práctica se daban determinados fraudes que, por esconderse tras cuestiones técnico-jurídicas, no eran los más denunciados y, sin embargo, eran tanto o más frecuentes que los otros.

Estos fraudes, o abusos, que en la práctica se producían y que no eran resueltos por la Directiva ni podían serlo por la legislación autonómica se pueden reunir en tres grupos:

1º. Los que se producían respecto de inmuebles que no contaran con alguna de las licencias necesarias, tanto urbanísticas (de parcelación o de obras o de primera ocupación) como turísticas. También aquí cabe englobar a aquellas promociones que se hacían sobre inmuebles a medio construir o sin ni siquiera haber iniciado las obras en los casos en que no había intención de terminarlas o simplemente se mentía acerca de la fecha de finalización. Se incluyen también aquí los casos en que el fraude no se refería a la situación administrativa o física de la finca, sino a su situación civil cuando se promovía con inmuebles hipotecados o embargados o que ni siquiera pertenecían al promotor y tales circunstancias se ocultaban a los compradores. Implican toda esta clase de abusos conductas censurables que pueden producirse en toda promoción inmobiliaria, sin necesidad de que se trate de regímenes de aprovechamiento por turno. Sin embargo, son fraudes que en la normal promoción inmobiliaria se dan sólo muy de vez en cuando porque los compradores actúan con gran precaución en razón de la importancia de la inversión que se proponen realizar. Si el consumidor no es comprador, sino arrendatario, la protección que recibe es de orden legal pues, como se sabe, el arrendatario de finca urbana tiene derecho a que su derecho sea respetado por el adquirente del inmueble aunque éste desconozca su existencia (en la práctica es infrecuente este desconocimiento por lo patente que suele ser la existencia del arrendamiento). En cambio, el adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno no tomaba las precauciones de un normal comprador de inmuebles, dada la relativa poca importancia de la adquisición (habitualmente al rededor del millón de pesetas) ni gozaba de ninguna especial protección legal. Si a ello se añade que los consumidores eran con frecuencia extranjeros, desconocedores profundos (sobre todo los británicos) de nuestro Derecho se comprende que en el sector se dieran con frecuencia fraudes casi impensables en otros sectores inmobiliarios.

2º. Otro fraude extraordinariamente frecuente consistía en un abuso en realidad previsto ya en nuestro Derecho positivo que, por desconocimiento, no era habitualmente denunciado. Era muy frecuente pactar en los contratos relativos a complejos explotados por el sistema conocido como "de club" que la falta de pago de la cuota de mantenimiento conllevara el derecho, por parte del empresario, de ser privado de lo previamente adquirido con la consiguiente pérdida total de lo que por ello se hubiera pagado. Evidentemente esta cláusula englobaba un pacto comisorio (aquel mediante el cual se permite al acreedor adueñarse de la cosa o derecho dado en prenda o hipoteca si la obligación garantizada con la misma es incumplida), donde la obligación consiste en el pago de la cuota y el derecho incautado es el propio derecho adquirido sobre el inmueble. Tal pacto comisorio está prohibido por el artículo 1859 del Código Civil. Tal cláusula solía ser acompañada por constantes subidas arbitrarias de la cuota de mantenimiento, que el titular del derecho no tenía más remedio que afrontar so pena de perder su derecho y la inversión inicial realizada, y del pacto de sometimiento expreso a los tribunales y leyes extranjeras, normalmente los propios de algunos territorios "off-shore" o paraísos fiscales de bandera británica con lo que se intentaba evitar precisamente la aplicación del Código Civil. Este tipo de abusos se daba casi exclusivamente en los sistemas de "club" porque los de multipropiedad o cualquier otro de derecho real no podían, por aplicación del "ius soli" escapar de la aplicación del Derecho español.

3º. Otro tipo de abuso muy frecuente era el causado por la voluntaria indeterminación del empresario a la hora de fijar en el contrato la naturaleza del derecho adquirido. Para el consumidor, lo único importante era saber que había adquirido el derecho a disfrutar de un apartamento durante una semana al año en tal complejo inmobiliario sin preocuparse de averiguar, como no podía ser menos, la respuesta que había de darse a la pregunta fundamental, desde el punto de vista jurídico: ¿en base a qué título disfruto del apartamento? ¿como propietario, como arrendatario, como socio del club propietario del inmueble? ¿como miembro del club arrendatario del inmueble? ¿como acreedor del propietario del inmueble? ¿como titular de un derecho real que pesa sobre el inmueble?" Como puede fácilmente imaginarse estas preguntas, que no tenían una respuesta clara, no eran las que el consumidor se hacía en el momento de firmar, sino las que su abogado se planteaba cuando aquél decidía acudir a éste para presentar alguna clase de reclamación. Y es precisamente aquí donde reside el fraude, porque la falta de determinación puede, en sí misma, no ser considerada tal fraude, pero dificulta extraordinariamente la presentación de cualquier demanda que el adquirente quiera interponer contra la persona que con él contrató, contra la que está obligada a prestarle los servicios o contra el propietario del inmueble, que muy bien pueden ser personas diferentes. Para ello es necesario, con carácter previo, fijar la relación jurídica del consumidor con tales personas y ello sólo puede resultar del contrato y, si éste no es claro al respecto, las dificultades se multiplican y el triunfo en los tribunales se hace improbable, aunque haya un fondo de justicia en lo que se pretende reclamar. Muchas veces las dificultades llegaban al extremo de no tener a quien demandar cuando la entidad firmante del contrato carecía de personalidad jurídica, lo que reducía la responsabilidad a la persona física que hubiere firmado el contrato y al propietario del inmueble si es que era posible, y no siempre lo era, fijar alguna clase de obligación al respecto por haber consentido la ocupación del inmueble en algún momento anterior.

Estos tres grupos de abusos o fraudes hacían evidente la necesidad de ir más allá de donde había llegado la Directiva en la protección del consumidor de derechos de aprovechamiento por turno. A pesar de esta evidencia, las dificultades jurídicas que fueron surgiendo durante el trabajo de elaboración del texto hicieron que no fueran infrecuentes las tentaciones de retomar la idea de una ley limitada a transponer las normas de la Directiva, dejando para más adelante el trabajo de elaborar una ley que determinara el contenido del derecho.

Una vez adoptada la decisión de que la nueva ley debía regular no sólo los aspectos contractuales que contenía la Directiva, sino también la determinación legal del contenido del derecho sustrayendo una parte de la fijación del mismo a la autonomía de la voluntad, hubo que elegir, entre los diversos sistemas posibles, los que iba a adoptar la ley como propios. Naturalmente, esas restricciones inevitables a la autonomía de la voluntad que conlleva la protección del consumidor, conducían a una regulación de "numerus clausus", esto es, fueran los que finalmente fuesen los sistemas adoptados por la ley, la configuración jurídica de los derechos de aprovechamiento por turno sólo habría de estar permitida si se ajustaba a alguno de los sistemas permitidos por la ley. La consecuencia de ello era que los demás sistemas se considerarían fraudulentos, al menos potencialmente, por el mero hecho de no estar regulados en la ley (vid. art. 1.7).

De todos los posibles sistemas, se tomaron en consideración cuatro, tenidos como representativos de todas las opciones posibles. Por un lado, estaban los tres que regulaba el borrador de 1994. A

éstos se añadió un cuarto que tratara de acercarse lo más posible al sistema de "club" propio del derecho anglosajón. Tales sistemas eran:

1º. La multipropiedad en sentido estricto.

2º. El derecho real limitado, en el que la limitación consistiera, como en el borrador de 1994, en limitar la duración del régimen.

3º. El derecho personal, configurado como más propiamente debe ser, como un arrendamiento, y no como se configuraba en el borrador, como un derecho personal innominado, variante del genérico derecho de aprovechamiento por turno.

4º. El sistema societario, en el que el consumidor adquiriera una acción de una sociedad cuya titularidad llevara aparejado el derecho a disfrutar de un apartamento durante un determinado período al año.

A la vez que se pusieron sobre al mesa estos cuatro sistemas como los más representativos para ser incorporados a la ley, se decidió igualmente que el derecho de aprovechamiento por turno, cualquiera que fuera el sistema jurídico en que se encuadrara, no pudiera ser constituido como "flotante", tanto en lo que se refiere al apartamento como al período, desechando así la opción que por esta posibilidad había realizado el borrador de 1994. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria, se ha terminado por introducir el derecho de aprovechamiento por turno flotante no sólo respecto al apartamento, sino también respecto al período del año en el que se va a disfrutar, aunque sí debe estar determinada la temporada (vid. art. 1.6).

De los cuatro sistemas tomados inicialmente en consideración, se rechazaron dos de ellos por muy distintas razones.

La multipropiedad, concebida como cuota indivisa del dominio que lleva aparejado el derecho exclusivo y excluyente a disfrutar del apartamento durante un período determinado al año, no fue aceptada por dos motivos. El principal era que, en la multipropiedad, se perdían las muchas ventajas que ofrecían los demás sistemas en los que, al existir un propietario del inmueble distinto de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno, se le podía hacer último responsable del buen funcionamiento del régimen. Otro motivo, no tan importante, fue el de pensar que sólo muy difícilmente podrían funcionar adecuadamente comunidades de cinco mil o más propietarios cuando ni siquiera tienen la posibilidad de coincidir todos en el inmueble. A todo ello se añadió la consideración de que, en cualquier inmueble sometido a multipropiedad, la viabilidad del régimen terminaría por agotarse y habría entonces que disponer del inmueble y repartir entre los multipropietarios el precio obtenido, pero ¿cómo poner entonces de acuerdo a cinco mil propietarios acerca del punto a partir del cual ya no es viable el régimen y el modo en que debe enajenarse el inmueble?

También se rechazó el sistema societario, aunque en este caso surgieron numerosas dudas. Se pensó que si el régimen se configuraba como una sociedad anónima, sería muy difícil impedir que la

misma fuera controlada por el promotor, toda vez que es muy frecuente que promociones que se tienen por exitosas no puedan enajenar un 30 por ciento de los derechos, en las temporadas o apartamentos menos apetecibles, que quedarían, por tanto, en manos del promotor que, con ellos, tendría el absoluto control de la sociedad. Se pensó en la posibilidad de establecer para estas sociedades una regulación especial donde los socios se rigieran más bien por las normas que regulan los sindicatos de obligacionistas, después de ser convenientemente adaptadas, previendo incluso la posibilidad de que existiera también aquí un comisario, en este caso, de los titulares de derechos de aprovechamiento por turno. Pero también en este caso se colisionaba con las enormes dificultades de poder llegar a reunir a un número significativo de accionistas para poder adoptar decisiones importantes. Aun así, no era esta la dificultad mayor, sino que lo que obligó a abandonar la idea fue el hecho, insoslayable, de que, fuera cual fuese el sistema, el inmueble habría de estar a nombre de una persona jurídica privada, una sociedad anónima, y esta sociedad habría de tener por fuerza unos administradores. Dado que las facultades de representación de los administradores, de acuerdo con la legislación mercantil impuesta por la UE, son absolutas sin que pueda estatutariamente imponerse ninguna limitación a las facultades de disposición en perjuicio de tercero, nada podía hacerse para impedir que el inmueble, la mínima garantía que hay que preservar en beneficio del adquirente, pudiera resultar enajenado, incluso en un procedimiento ejecutivo, como consecuencia de la actuación de los administradores. De esta forma, los derechos de los titulares podrían verse fácilmente defraudados incluso sin necesidad de que hubiera una abierta mal fe por parte de los administradores y sí, tan sólo, una descuidada administración. Podía, desde luego, haberse establecido la inembargabilidad e inalienabilidad de los bienes inmuebles de este tipo de sociedades, pero resultaba una medida desproporcionada con respecto a los beneficios que de ella se derivaban.

Frente al rechazo de estos dos sistemas, se aceptó el de derecho personal del que hablaba el borrador de 1994, pero se optó por concebirlo como un arrendamiento de temporada, pactado para varios años, lo que puede ser considerado un contrato típico que se ajusta perfectamente, en cuanto a su resultado, a la voluntad de los contratantes. Concebido el derecho personal de derecho de aprovechamiento por turno como arrendamiento de temporada para varios años, que es lo que es, dijera lo que dijera la ley, se pensó que carecía de sentido admitir la posibilidad de que pudieran pagarse anticipadamente las rentas de todos los años contratados. Para evitar que tal posibilidad pudiera ser impuesta por los empresarios, se estableció un límite legal al anticipo de rentas, admitiéndose tan sólo que pudiera pagarse el dinero correspondiente a tres de ellas al que se añadió un límite en cuanto a la duración del contrato (quince años) independiente del de duración del régimen. Tal planteamiento fue rechazado en la tramitación parlamentaria, en la que se acordó que debía permitirse pactar el pago anticipado de todas las rentas correspondientes a los años estipulados en el contrato para los que no se establece más límite que el de la duración del régimen (cincuenta años). Resulta difícil entender como alguien pueda contratar un arrendamiento por cincuenta años y pagar anticipadamente todas las rentas correspondientes a ese período, pero el caso es que la ley, tal como finalmente ha sido publicada, lo admite.

El sistema escogido como el preferido de los cuatro posibles por el proyecto elaborado por el Gobierno fue el derecho real limitado por la duración del régimen (sin limitación de tiempo el titular

del derecho sería un verdadero y propio multipropietario). La principal ventaja que se encontró en este sistema es que, aun en aquellos casos en que todos los derechos fueran enajenados, siempre existiría un propietario del inmueble al que poder hacer responsable del mantenimiento de los servicios. Y ello porque una de las cosas más importantes que llegaron a comprenderse en el Ministerio de Justicia durante el viaje que se desarrolló desde 1990 a 1997 fue la de que el precio de los derechos de aprovechamiento por turno, proporcionalmente mucho más alto que el del valor de la cuota del inmueble mismo, sólo podía tener sentido por incluir no sólo la titularidad inmobiliaria sino sobre todo el derecho a recibir la prestación de los servicios durante toda la vida del contrato. De forma que el contrato por el cual un promotor transmite a un consumidor un derecho de aprovechamiento por turno es más bien un contrato de tracto sucesivo, que no se agota con la transmisión de la titularidad. Por eso, el artículo 19 del Proyecto del Gobierno decía: "El propietario o promotor es responsable, frente a los titulares de derechos de aprovechamiento por turno, de la efectiva prestación de los servicios". Durante la tramitación parlamentaria, la necesidad de que el derecho a recibir los servicios formara parte integrante del contenido típico del derecho de aprovechamiento por turno se hizo más evidente y por eso se introdujo en la definición del derecho. Debió ello ser fruto de las reflexiones que se hicieron a consecuencia de la exigencia de los grupos nacionalistas de que se extrajera de la ley toda la regulación de las sociedades de servicios por considerarla invasora de las competencias de las Comunidades Autónomas. Por eso, dice el artículo 1 de la Ley que el derecho de aprovechamiento por turno atribuye a su titular "el derecho a la prestación de los servicios complementarios", que es algo que no se decía en el proyecto del Gobierno.

Con esta configuración se terminaba por resolver satisfactoriamente uno de los problemas que querían resolverse por medio de la Ley, esto es, la indeterminación de la naturaleza jurídica de lo adquirido. Ahora está claro que el consumidor adquiere un derecho real limitado o un derecho de arrendamiento en los que se integra, en todo caso, el derecho a que se le presten los servicios complementarios.

Otro de los problemas que había necesidad de resolver, tal y como se dijo antes, era el de las cuotas de mantenimiento. Ya hemos visto como la incautación del derecho por falta de pago de estas cuotas no es posible en nuestro ordenamiento jurídico. Pero esta no era la cuestión. La incautación habría sido en la práctica una sanción excepcional, si no hubiera sido por la frecuencia con la que los promotores se autorizaban en los contratos que ponían a la firma de los consumidores a subir arbitrariamente las cuotas de mantenimiento. Estas subidas arbitrarias generaban así un negocio seguro, tanto si el consumidor se avenía a pagarlas como si no. En ambos casos, la ganancia del promotor estaba garantizada. Para luchar contra este fraude, las armas que había que utilizar no podían consistir en la prohibición del pacto comisorio cuando tal prohibición ya existía, sino que había que hacerlo en dos frentes. Por un lado había que evitar que los pactos de sometimiento al derecho extranjero fueran válidos, pues tales ordenamientos pueden admitir en determinadas circunstancias el pacto comisorio. Por otro, había que evitar que existiera la posibilidad de subidas arbitrarias de la cuota.

La primera solución se encuentra en la Disposición Adicional Segunda, que dice: "Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta

Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración". Determinar si esta Disposición se ajusta o no a los Tratados Internacionales en materia de Derecho Internacional Privado, y muy especialmente el Convenio de Roma, y si es correcta trasposición de la exigencia de la Directiva de que en todos los Estados miembros se tomen medidas para que no pueda excluirse la aplicación de la misma en los contratos realizados dentro del territorio de la UE, es cuestión muy extensa en la que no es ahora posible entrar. Baste recordar que, al menos respecto de los bienes inmuebles situados en España, nuestra Ley entiende que tan sólo es aplicable la Ley española, cualquiera que sea el fuero pactado por los contratantes.

El segundo aspecto que había que solucionar era el de las subidas arbitrarias de la cuota. Este tema es resuelto por el artículo 9.1, 51 donde al relacionar las circunstancias mínimas del contrato, se incluye "la cantidad que conforme a la escritura reguladora deba (el consumidor) satisfacer anualmente, una vez adquirido el derecho, a la empresa de servicios o al propietario que se hubiera hecho cargo de éstos en la escritura reguladora, con expresión de que se actualizará con arreglo al índice de precios al consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística, salvo que las partes hayan establecido otra forma de actualización, que no podrá quedar al arbitrio de una de ellas, indicando a título orientativo, cuál ha sido la media de dicho índice en los últimos cinco años". Como una compensación a esta rigidez, se admite en el artículo 13 la posibilidad de pactar una condición resolutoria por falta de pago de las cuotas de mantenimiento a la que se le añada también la posibilidad de pactar una cláusula penal que puede alcanzar a todo el precio satisfecho por el adquirente, sin perjuicio, eso sí, de la facultad moderadora de los Tribunales tal y como está contemplada en el artículo 1154 del Código Civil.

El último elemento de preocupación existente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se refería a los fraudes típicos de la promoción inmobiliaria. Cuatro son las soluciones que adopta la Ley:

1º. En cuanto a las licencias urbanísticas y turísticas, se impide a los Notarios otorgar y a los Registradores inscribir las escrituras de constitución del régimen sin que se acredite la obtención de las mismas.

2º. Respecto de los inmuebles en construcción, se establece al exigencia de que el promotor constituya un aval o contrate un seguro para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas en el caso de que la construcción no llegue a concluirse.

3º. En cuanto a las cargas del inmueble, tanto si el régimen se configura como de derecho real limitado como si se organiza como derecho de arrendamiento, se permite el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de aprovechamiento por turno. De esta forma, por aplicación del principio de prioridad, se resuelve el problema de las cargas que sobrevengan con posterioridad a la adquisición del consumidor que, si ha inscrito su derecho, no se verá perjudicado por ellas. Quedaba por resolver el problema de las cargas anteriores. Para éstas, el artículo 8.5 adopta la siguiente precaución: "Toda publicidad, incluido el documento informativo, ha de indicar los datos de inscripción del régimen en el Registro de la Propiedad, expresando titularidad y cargas, advirtiendo que aquél debe con-

sultarse a efectos de conocer la situación jurídica de la finca y el íntegro contenido del régimen de aprovechamiento por turno.

4º. Por último, para facilitar el conocimiento de cómo se ha configurado el régimen al que el consumidor pretende someterse mediante la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno, se hace obligatoria la inscripción de la escritura reguladora en el Registro de la Propiedad. Una vez inscrito, el consumidor puede conocer su configuración jurídica con la seguridad de que, de una forma muy parecida a como ocurre en los estatutos de la propiedad horizontal, sólo se verá perjudicado por aquello que publica el Registro o esté contemplado en su contrato, pero nada más.

Es difícil saber hoy si la Ley tendrá o no éxito en su finalidad primordial que no es otra que la de dar amparo al honesto empresario que se propone iniciar una actividad en este sector prestigiándolo mediante el control y expulsión del mercado de aquellos otros que, amparándose en el desconocimiento del derecho que tienen la mayoría de los consumidores, sobre todo cuando son extranjeros, pretendían obtener unos beneficios extraordinarios fruto del abuso y del fraude. En cualquier caso, queda patente que el esfuerzo realizado por los dos poderes del Estado que han intervenido en la elaboración del texto que finalmente se ha convertido en Ley, lo ha sido con conocimiento de causa.

15

LA NUEVA LEY SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTOS POR TURNOS:

ÁMBITO DE
APLICACIÓN.
CONSTITUCIÓN
DEL RÉGIMEN

LA NUEVA LEY SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS: ÁMBITO DE APLICACIÓN. CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN*

José Manuel Ruiz-Rico Ruiz

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Málaga

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS: CRÍTICAS GLOBALES A LA LEY

No se puede empezar esta breve exposición sobre los aspectos relativos al ámbito de aplicación de la Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turnos (en adelante, LDAT) y a la constitución general del régimen, sin antes proporcionar una visión crítica del sistema instaurado.

La promulgación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico ha planteado un asunto que en los últimos tiempos no había sido precisamente objeto de muchos análisis doctrinales: nos referimos al intervencionismo público en la actividad económica, fruto en esta ocasión de unas normas que son definidas en su conjunto, por el propio texto legal citado, como "imperativas". La sorpresa es mucho mayor si se tiene en cuenta que la Ley ha sido elaborada y sostenida por un Gobierno y un Grupo Parlamentario que se autodefinen como "liberales" y no interventores en la Economía.

Los problemas de la Ley que aquí se analiza, provienen de la naturaleza imperativa de prácticamente todas las normas contenidas en ella, señaladamente, y por lo que nos concierne en este momento, de las relativas a la configuración o naturaleza jurídica del fenómeno "tiempo compartido". Así se deduce claramente no sólo de la Exposición de Motivos, sino del art. 1 LDAT, en sus apartados 1 "in fine" ("El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con los dispuesto en el apartado 6 de este artículo") y sobre todo el apartado 7 ("El contrato por cuya virtud se constituya..., al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho..."), que no dejan duda ninguna acerca de ello. Para remachar esa idea obsesiva, la Disposición Adicional Segunda, rotulada como "Imperatividad de la Ley", y referida fundamentalmente al Derecho aplicable a los contratos de "time sharing" o "tiempo compartido" relativos a inmuebles situados en España, dispone lo siguiente: "Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración".

* Conferencia pronunciada en las II Jornadas de Derecho Turístico, el día 16 de abril de 1998.

La Ley, como es sabido, opta por exigir que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, el empresario o sociedad que pretenda dedicarse a la actividad turística de proporcionar de forma periódica cada año, durante más de tres, un apartamento determinado, deberá obligatoriamente utilizar como modalidad jurídica (salvo que se use la vía del "arrendamiento de temporada": art. 1.6 LDAT), la forma de derecho real limitado denominado "derecho de aprovechamiento por turnos" (en adelante, DAT). Se trata de un nuevo derecho real creado por esta Ley, cuyo contenido y régimen jurídico resulta bastante similar al derecho de habitación periódica del Derecho portugués, pero que hasta el momento nunca se había utilizado en la práctica en nuestro país.

Prescinde, pues, el legislador español de respetar las fórmulas más extendidas en España de configurar el fenómeno, tales como las de sociedad mercantil o "sistema de club", que otorga a los titulares un derecho personal de usar uno o varios apartamentos; o la fórmula estrictamente "multipropietaria", también relativamente usada en nuestro país, consistente en una copropiedad por cuotas, con reparto del tiempo de uso, normalmente ordenado por la empresa vendedora del conjunto inmobiliario. Estas modalidades están hoy básicamente prohibidas por nuestra legislación. Es extraño y muy sorprendente que el legislador español haya tomado esta decisión, puesto que, si se cae en la cuenta, resulta que de hecho prohíbe el fenómeno mismo que ha dado lugar a la normativa reguladora.

Hay que reconocer, no obstante, que nuestro legislador, cualquier legislador, es absolutamente libre de poner todas las restricciones que desee a la autonomía privada. Y no hablamos de la autonomía privada en cuanto a la creación de nuevos derechos reales, sino muy especialmente de la autonomía contractual. Otra cosa es que esta normativa sea respetuosa con los principios y reglas procedentes de la Unión Europea, en cuanto a libre circulación de mercancías y servicios, o libertad de mercado¹.

Al menos, debería haberse hecho una labor de convencimiento, de explicación de las razones que justifican una visión tan sumamente restrictiva, y eso tampoco se ha hecho adecuadamente. Más bien ha sucedido al contrario: cuantas más explicaciones se han dado, más motivos se tienen de que la normativa española ha errado en sus objetivos. Esa justificación se intentó hacer ya en la propia redacción primitiva de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley. Ya al poco tiempo de presentarse el Proyecto, en cuya Exposición de Motivos se recogían algunas de esas razones, el Grupo de Coalición Canaria del Congreso, en la Enmienda núm.150, se encargó de desvelar, con bastante acierto, el

¹Aunque no desde la perspectiva constitucional, la Ley sobre derechos de aprovechamiento por turnos sí que puede ser objeto de crítica desde la óptica del respeto a los principios y reglas de la Unión Europea. Así lo ha hecho recientemente DOWNES, N., "¿Un Mercado Común de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido?", en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4766, 31 de marzo de 1999, págs. 1 a 5.

escaso fondo de los argumentos esgrimidos². Tampoco quienes fueron los primitivos redactores del texto, han logrado mínimamente, en los diferentes trabajos publicados desde entonces, explicar los motivos de esa línea imperativa de la Ley. Muy esquemáticamente, se han alegado argumentos como los siguientes³: a) es preferible, por razones de seguridad jurídica, y para proyectar en los consumidores un panorama más clarificador, reconducir el fenómeno multipropietario a una sola modalidad: argumento insuficiente, en cuanto la Ley va a generar seguramente más inseguridad que antes, y el consumidor no se va a ver beneficiado, pues no podrá elegir otras modalidades y se le condena a adquirir un producto indudablemente más caro; b) las otras fórmulas son menos protectoras que la de DAT creado, lo cual también es incierto, pues la mayor o menor protección depende básicamente del control de la publicidad y de contenido del contrato y sus cláusulas, y eso se puede ordenar legislativamente respecto de cualquier modalidad, incluso de derecho personal; c) que en el resto de países que tiene una regulación del fenómeno, se ha optado por una concepción unitaria o monista, excluyendo otras posibles formas de configuración, lo cual es también manifiestamente incierto, pues en muchos de ellos (Gran Bretaña, Alemania, Austria, Holanda...) la regulación hoy día es general, en cuanto simplemente se transpuso la Directiva de 1994, y en los que ya tenían regulación antes de la Directiva (v.gr. Francia o Portugal), se reconoce bastante libertad de configuración jurídica del fenómeno, como señalan los autores de dichos países⁴.

Con esto, no queremos decir que nos parezca rechazable la figura jurídica creada por la Ley. El nuevo DAT puede tener cierto interés -si se interpreta la figura en el sentido adecuado- tanto para los consumidores, por las garantías que se le ofrecen en el campo sobre todo de la prestación de servicios, como para los empresarios -especialmente para éstos-, en cuanto a la doble posibilidad de actuar como promotores inmobiliarios y como empresas prestadoras de los servicios hosteleros. A pesar de ello, los inconvenientes para su implantación van a ser importantes, especialmente el del alto coste para los adquirentes, dadas las garantías exigidas a los promotores, y sobre todo por el desmesurado control notarial y registral, con elevados desembolsos para las empresas, probablemente

²Entre los argumentos esgrimidos por el Proyecto de Ley, y criticados por el Grupo de Coalición Canaria en la citada enmienda, están: el alejamiento de los titulares del inmueble objeto de su derecho de multipropiedad; el sometimiento al derecho extranjero de las fórmulas hasta ahora existentes; o el mayor nivel de protección del consumidor con la fórmula que se instaura en el Proyecto. Con toda razón, ninguno de estos argumentos es suficientemente convincente, por sí solo ni en conjunto, para rechazar las otras modalidades y propugnar un sistema monista como el finalmente aprobado.

³Con más detalle, véase MUNAR BERNAT, "El derecho de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad", *Rev. Crítica Derecho Inmobiliario*, núm. 647, julio-agosto 1998, pág. 1219 ss. (en especial, nota 29).

⁴Cfr. a título de ejemplo, BOURGEOIS, M. J., "El Proyecto de Ley francés sobre uso periódico de inmuebles", dentro de la obra "El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa", Madrid, 1999, pág. 111; o COLLART DUTILLEUL, "Jouissance a temps partagé (Sociétés d'attribution d'immeubles en)", *Receuil Dalloz*, 1987, pág. 2, respecto del Derecho francés. Vid. también MOUTEIRA GUERREIRO, "Directiva sobre la propiedad a tiempo parcial. Régimen en Portugal: "El derecho real de habitación periódica", en la obra "El aprovechamiento por turno..." cit., pág. 150-151, respecto del Derecho portugués, quien considera admisibles otras modalidades cuando no se trate de "emprendimientos turísticos", lo que de hecho se ha dado en Portugal.

previos mucho de ellos a la constitución del régimen de DAT y a la posible enajenación de los derechos. La preocupación del legislador español por la calidad -en todos los sentidos- del producto turístico que se ofrece, puede hacer que finalmente no sea competitivo frente a otros países. De hecho, tomando como referencia la experiencia portuguesa, cuya regulación es la más parecida a la de la Ley 42/1998 española, en cuanto a la configuración jurídica del fenómeno y las garantías exigidas, los efectos han sido bastante negativos: los empresarios han dejado de invertir, y han preferido hacerlo en otros países⁵.

En el fondo, creemos que el legislador español ha emitido un juicio valorativo acerca de las ventajas e inconvenientes de las distintas fórmulas utilizadas hasta ahora en la práctica comercial, y ha llegado a la conclusión de que lo mejor es recurrir a la constitución de derechos reales limitados (los DAT), o excepcionalmente a los arrendamientos de temporada, antes que emplear las otras fórmulas más usadas, como la del sistema de "club" o la multipropietaria propiamente tal.

Ese juicio valorativo del legislador es precisamente la base de su erróneo planteamiento. No hay modalidades en sí mismas más beneficiosas que otras, pues, de ser así, habría que prohibir cualquier otro derecho que no fuese el dominio, en éste o en cualquier otro ámbito, al estar en todos ellos afectados hipotéticamente un adquirente consumidor; y esa conclusión es absolutamente inaceptable. El reconocimiento legal de distintas formas de titularidad sobre los bienes no es más que la asunción por el legislador de que cada modalidad responde a situaciones distintas, por cuanto cada una de ellas permite atender a diferentes necesidades. Junto a ello, la práctica judicial en materia de multipropiedad o tiempo compartido, no ha demostrado en modo alguno que las fórmulas societaria o multipropietaria sean lesivas o poco ventajosas para los intereses de los clientes de esta actividad turística. Lo único que demuestra la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales es que los empresarios turísticos han abusado de una carencia normativa, pero lo han hecho en el ámbito estrictamente contractual, esto es, en cuanto al condicionamiento de la voluntad de los contratantes y las estipulaciones contractuales abusivas, pero de ningún modo en la conformación del derecho que se vende. De hecho, creemos firmemente que la Directiva de 1994, aun cuando pudo ser la consecuencia de un esfuerzo de compromiso entre las concepciones de los diferentes Estados miembros de la UE, produjo un resultado final bastante satisfactorio, por cuanto incidió sólo en aquello que hasta ese momento se había demostrado como inapropiado: la información (su falta), a los adquirentes, del producto o derecho que compraban, y de las condiciones del mismo. Es muy significativo que en la trasposición de la Directiva ni un solo país, excepto España, haya ido más allá de lo que es el contenido de la propia Directiva y se haya embarcado en la dudosa aventura de regular la esencia del fenómeno. Se dirá que eso es así porque los países que hasta ahora han traspuesto la citada Directiva, son países exportadores de clientes de tiempo compartido, y no receptores. Por desgracia, creemos que simplemente han sido más sensatos que nosotros.

⁵ Cfr. BAKER, K., "La multipropiedad en el Reino Unido", en la obra "El aprovechamiento por turno..." cit., pág. 180.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 42/1998:

Uno de los principales temas que procede resolver es el de delimitar con exactitud el ámbito de aplicación de la nueva Ley española. Si resulta que la misma establece una regulación imperativa en casi todos sus aspectos, y que además exige el recurso a una forma concreta de configuración del fenómeno del "time sharing" (el llamado "derecho de aprovechamiento por turnos"; o excepcionalmente el llamado "multiarriendo"), conviene conocer si se pueden, y hasta qué punto se pueden, constituir otros productos turísticos, esto es, otras modalidades o formas de aprovechar los inmuebles mediante su cesión temporal y cíclica a terceros.

La respuesta a tal cuestión debería ser abiertamente negativa, dada la imperatividad de la Ley. Sin embargo, es evidente -y así se deduce del nombre y de los planteamientos generales de la Ley española- que la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, no tiene pretensiones de regular exhaustivamente el fenómeno de la contratación turística; ni siquiera quiere hacerlo de todo el fenómeno del "tiempo compartido" o "time sharing" en su conjunto. Respecto a lo primero, porque la nueva Ley española no deroga las anteriores leyes y reglamentos en materia turística (Ley de Viajes Combinados de 1995, normas sobre apartamentos turísticos, etc.).

Respecto a lo segundo, la LDAT delimita su ámbito de aplicación, excluyendo otras posibles situaciones. Hay que tener en cuenta que la Ley fija, a nuestro juicio, dos límites generales al nuevo "derecho real de aprovechamiento por turnos" (DAT):

1) El "derecho de aprovechamiento por turnos ha de constituirse o transmitirse por profesional (art. 1.5 LDAT): si no lo es, no tiene por qué regirse por esta ley, y jugaría plenamente la autonomía privada. Por lo tanto, si dos o más particulares, cuando sean dueños de un mismo inmueble, quieren constituir entre sí un régimen de reparto temporal del disfrute durante cada año, no habrá inconveniente legal en que así se haga. El problema básico que se derivará de este primer límite será el de determinar y precisar qué se entiende por "profesional" ("profesional que vende o participa en la transmisión o comercialización"). Por lógica, la "profesionalidad" debe estar referida al hecho de que el vendedor del derecho se dedique, como actividad profesional habitual, a la comercialización, venta o mediación de venta de los inmuebles en régimen de "tiempo compartido", o a la actividad turística en general. Por lo tanto, no tratándose de celebrar negocios entre tales profesionales, o con participación de alguno de ellos como parte vendedora, quedarán excluidos del ámbito de la nueva Ley. No obstante, también será un criterio complementario a tener en cuenta el de la condición o no de "consumidores" de los contratantes. A este fin, el intérprete deberá recurrir a los criterios empleados en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (LCU), cuyo artículo 1.2º y 3º define qué son y qué no, "consumidores" (concepto de "consumidor final"), así como a las pautas marcadas en este tema por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

2) La transmisión o comercialización han de estar referidas a una actividad turística (la Ley se denomina a sí misma de "bienes inmuebles de uso turístico"). Por tanto, la ley automáticamente dejará de aplicarse si el inmueble no está destinado a uso turístico (v.gr., alquiler de una habitación en centro residencial público o privado durante los próximos 5 años⁶). En este campo, la intervención de la Administración catalogando y concediendo autorizaciones al respecto, puede jugar un papel bastante relevante⁷.

No obstante, debe destacarse también que no existe una identificación total entre lo que se regula en el artículo 1 y siguientes de la Ley, y lo que se prohíbe en el decisivo apartado 7º del mismo artículo 1. El legislador ha querido no sólo reconducir el fenómeno del "time sharing" a una determinada figura jurídica, sino que también ha querido impedir que se usen otras modalidades próximas o similares a ella, como modo de cerrar la imperatividad del sistema creado y de evitar el fraude de ley.

Es precisamente a la hora de interpretar qué está prohibido y qué está permitido, cuando se van a plantear graves problemas en la práctica. El artículo 1.7º LDAT, que recoge precisamente esa norma prohibitiva, puede ser objeto de dos interpretaciones básicas:

a) Entender que todo lo que no posee las características del derecho descrito en los arts. 1 y 3 de la Ley, está legalmente permitido, y puede ser objeto de contratación. De conformidad con el art. 1.1º LDAT, la Ley se extiende sólo a la regulación de la "constitución, ejercicio, transmisión y extinción" de aquel concreto derecho "que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente...", debiendo cumplir, además, el resto de requisitos del artículo 1, así como tener una duración de entre 3 y 50 años (art. 3). Así pues, de acuerdo con esta primera opción, todo lo que no reúna esta con-

⁶El elenco de situaciones susceptibles de quedar al margen de la Ley, por carecer los inmuebles de un uso "turístico" es relativamente amplio, y no cerrado, ya que tendrían cabida cualesquiera otras, aparte de los ejemplos recogidos en el texto, que supongan uso temporal y cíclico de inmuebles sin un fin "turístico": piénsese en un contrato en donde se pacte un uso estrictamente "comercial" y cíclico de un apartamento o de cualquier espacio delimitado de un inmueble; o en un alojamiento cíclico de empleados de una empresa para determinadas actividades distintas de las de ocio (a cambio de un precio por su uso, o como una parte de su salario), etc...En suma, tomando por base el significado de lo "turístico" o del "turismo" según el Diccionario de la Lengua, todo lo que no suponga "viajar por placer", esto es, ocupar un inmueble por períodos anuales y que no sea el efecto de una actividad de placer o ocio, podría quedar al margen de la LDAT, y regirse por lo libremente pactado entre las partes.

⁷Lo cual plantea un asunto de bastante relevancia práctica. Nos referimos a las medidas previstas en la normativa turística, especialmente la autonómica, para los casos en que el empresario constructor de un complejo inmobiliario no tome la iniciativa de solicitar la correspondiente licencia administrativa de actividad turística. Si no se solicita, ya sea por descuido o de forma intencionada, y la Administración no toma medidas, resultaría tremendamente fácil eludir la aplicación de la LDAT y constituir conjuntos inmobiliarios sometidos a un régimen jurídico multipropietario o societario, al margen de nueva normativa.

En Andalucía, habrá que esperar a la redacción definitiva de la Ley de Turismo, para conocer en qué modo es tratado este asunto. Desde luego, si tomamos como referencia el Borrador de Anteproyecto de Ley al que hemos tenido acceso, prácticamente nada se resuelve al efecto.

diciones, no será DAT, y se registrará por las reglas generales civiles (si es derecho real distinto del regulado en la nueva Ley, o si es derecho de naturaleza personal). Así pues, todo estará permitido; pero cuando reúna estas características, sólo podrá ser un DAT de los regulados por la Ley, o sea, un derecho real limitado.

La tentación de suscribir este primer enfoque es grande, pero desgraciadamente, creemos no es posible hacerlo. Aparte de resultar excesivamente simplista, se olvida la fuerza real del apartado 7 del art. 1º, al ordenar la nulidad de pleno derecho de todo “contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley”. Esta prohibición, redactada definitivamente durante su tramitación en el Congreso, en unos términos mucho más claros y contundentes de los que aparecían en el Proyecto de Ley⁸, tiene un sentido que es insoslayable: el legislador quiere reconducir en su integridad el fenómeno del “time sharing” o de la multipropiedad a la modalidad legal y al régimen jurídico imperativo de la ley misma⁹.

b) La otra posibilidad consiste en hacer un análisis exegético del citado art. 1.7º LDAT, por ser el eje central de la Ley, deduciendo de su literalidad y de la presumible intención del legislador lo que queda dentro y fuera de la legalidad.

Existen en el campo turístico muchas posibilidades de dar forma jurídica al “tiempo compartido”, y muchas situaciones próximas o similares al mismo, y conviene saber en qué casos es lícita, y en qué casos no, la actividad que se pretende desarrollar. Nos parece que la forma razonable de proceder es analizando la terminología del referido apartado 7º, para saber qué queda fuera de dicha norma, al menos en su expresión literal. Luego confrontaremos esas situaciones con el “iter” legislativo y el presunto espíritu de la Ley, en orden a tomar una decisión final sobre su afectación o no por la sanción de nulidad.

⁸El Proyecto de Ley presentado al Congreso, recogía un texto del art. 1.7 bien diferente: “7. El contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año, al margen de la presente Ley, se entenderá celebrado en fraude de la misma y no impedirá su aplicación. Asimismo -añadía- podrá ser resuelto en cualquier momento por el adquirente o cesionario debiéndole ser devueltas cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos”. Como puede comprobarse, el recurso a cualquier otra modalidad jurídica no conllevaba la nulidad, es más, incluso podía ser lícita y eficaz, en tanto no se ejercitase esa facultad de resolución que se otorgaba al adquirente (y sólo a él). La redacción actual, por contra, sanciona con la nulidad automática del contrato que recoja otra modalidad distinta del DAT o del multiarriendo, no habiendo posibilidad ninguna de procurar eficacia al mismo.

⁹No se olvide, además, el texto, ya citado del art. 1.1 “in fine”, cuando afirma con rotundidad que “el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo”, o sea, como arrendamiento de temporada cíclico (o multiarriendo). Esta norma tiene el sentido, no de establecer las formas de configurar un derecho de las características del regulado en la LDAT, sino de circunscribir el fenómeno general del “tiempo compartido” a las dos modalidades ahora admitidas, excluyendo las demás posibles.

Creemos que los términos decisivos por examinar son básicamente los siguientes: "tiempo superior a tres años"; "utilización de uno o más inmuebles" y "período determinado o determinable al año":

1) La primera expresión "tiempo superior a tres años", empleada en el apartado 7 del art. 1, muestra una clara discordancia con lo previsto en el artículo 3 de LDAT, que establece una duración mínima de tres años y máxima de 50 años. En consecuencia, siendo inferior a tres años el plazo de tiempo por el que se contrate ese derecho distinto del DAT (sea personal o real), la Ley lo autorizará y no lo castigará con la nulidad de pleno derecho.

2) La segunda expresión que procede destacar es la de "utilización de uno o más inmuebles", empleada por el tan reiterado art. 1.7º LDAT. De nuevo, la comparación con el apartado 1º del mismo artículo nos lleva a la conclusión de que no hay coincidencia entre el ámbito estricto de la Ley y el ámbito de aplicación de la sanción de nulidad: éste último es bastante más amplio. Ahora se castigan con la nulidad de pleno derecho, por razón de su "similitud" o proximidad al DAT regulado en la Ley, y por tanto se consideran ilegales, los derechos contractualmente creados (de nuevo, se piensa sobre todo en derechos "personales" o de crédito) que otorguen a su titular la facultad de disfrutar varios inmuebles. Por lo pronto, el término "inmuebles" usado por la norma puede ser -y seguramente, debe ser- entendido en un sentido más amplio que el de "apartamento" del art. 1.1º, y por tanto comprensivo -entre otros- de apartamentos, habitaciones y edificaciones separadas (chalets, bungalows y construcciones similares). Más dudosa es su extensión a construcciones no constitutivas de "bien inmueble", como podrían ser casas prefabricadas y desmontables, que con frecuencia se observan en los "Campings" y establecimientos turísticos; también muy improbable que se incluyan simples terrenos sobre los que acampar o levantar una edificación provisional, por no haber una construcción previa¹⁰.

Pero lo que más llama la atención de la expresión antes reseñada ("utilización de uno o más inmuebles"), es que el DAT descrito en el apartado 1º del art. 1 únicamente puede recaer sobre un solo inmueble o apartamento, mientras que el art. 1.7º sanciona con la nulidad los contratos por los que se constituyan o transmitan, por un precio único, derechos sobre varios inmuebles a la vez. Automáticamente, la Ley nos sitúa en el fenómeno de la multipropiedad societaria o de "club", en la que es frecuente que no exista adscripción a un apartamento concreto; aunque teníamos pocas dudas de que el legislador estaba incluyendo en el art. 1.7 a esta modalidad de "time sharing". Del mismo modo, la citada expresión también nos sitúa, y esto ya es más problemático, en las modalidades de "multipropiedad" en las que, adquiriéndose por ej. un derecho personal (arrendaticio o similar) de uso de un apartamento, se pacta un sistema de intercambio permanente y consustancial a la propia oferta contractual. Así pues, la contratación de un derecho que lleva aparejado de manera inherente la

¹⁰No obstante, y como mero punto de referencia, conviene tener en cuenta que, en Gran Bretaña, la multipropiedad está admitida respecto de bienes como caravanas, embarcaciones y derechos de pesca, algunos de los cuales podrían tener la consideración legal de "inmuebles" según el art. 334 C. civil español. Vid. al respecto BAKER, K., "La multipropiedad en el Reino Unido", cit., pág. 172.

facultad de disfrutar, no de uno, sino de varios (múltiples) apartamentos, en el mismo complejo o en otros complejos situados en distintos lugares o países, en los períodos de tiempo pactados, parece que está cubierto por el apartado 7º del art. 1 LDAT, de modo que su contratación acarreará, cuando el derecho concertado no reúna las condiciones ordenadas por la nueva Ley, la nulidad del contrato. Sin embargo, a pesar de todo, creemos que las fórmulas de intercambio no están del todo proscritas por la nueva LDAT. De modo que, si no existe ninguna conexión o proximidad entre el derecho adquirido y el DAT o el multiarriendo de un determinado inmueble, en cuanto que no se adquiere derecho sobre apartamento concreto (acompañado de sistema de intercambio), sino que, por ejemplo, consiste en un derecho de crédito, frente una empresa turística, por el cual ésta tiene la obligación de proporcionar simplemente "tiempo de disfrute" (en bloques de varios días o semanas) de forma anual (obligatoria u opcional), sin adscripción a específicos apartamentos o inmuebles, descritos en el propio contrato (o en el documento informativo previo), entonces no habrá problemas de legalidad: se tratará de una forma especial de contratación turística, sujeta a las reglas contractuales generales, o en su caso, a la normativa sectorial turística.

3) Por supuesto, esta opinión está íntimamente relacionada con el tercero de los datos antes referidos, recogidos por el tan citado art. 1.7 LDAT: la expresión "período determinado o determinable". Así pues, en tanto en cuanto se trate de períodos de tiempo de disfrute que no estén ni determinado ni determinable, el sistema creado será lícito.

La principal duda nace del sentido que haya de darse a la expresión "período determinable". Tradicionalmente, en la doctrina clásica del derecho de obligaciones, ese término es empleado para referirse al objeto de las obligaciones, y con él se alude principalmente a la posibilidad de determinar el objeto (ahora, el plazo de disfrute del apartamento) sin necesidad de acudir a nuevo convenio entre los contratantes; dicho de otro modo, que el plazo se puede conocer de antemano por haberse establecido de forma clara en el contrato los criterios y pautas que han de seguirse para fijar definitivamente el período de disfrute. Este parece seguramente el criterio más razonable, con algunas matizaciones, que en este momento no procede exponer por razones de espacio. Ahora bien, lo que debe quedar claro es que, cuando se haya adquirido un derecho, de la naturaleza que sea, que conlleve un período de disfrute de inmueble no susceptible de conocerse por anticipado, estaremos teóricamente, no sólo fuera del ámbito estricto de aplicación de la Ley, pues no se daría las condiciones exigidas en el art. 1.1º LDAT, sino también fuera del ámbito de aplicación de la sanción de nulidad prevista en el apartado 7º de la misma.

Esta es la conclusión inevitable que se extrae de la dicción literal de la norma del art. 1.7º LDAT. Así pues, en principio, y como criterio general, si se constituye o adquiere por el consumidor correspondiente un derecho real o personal, sin fijación de plazo de disfrute, la ley teóricamente da cobertura legal a esa situación, en cuanto que no sería una figura asimilable al DAT regulado en la Ley, no sería en suma una manifestación del fenómeno del "tiempo compartido", sino una manifestación diferente de la contratación turística.

Nos queda un último tema relacionado con el “plazo de duración del turno”. Se trata de si entran o no dentro de la prohibición del art. 1.7 LDAT aquellos contratos en los que se estipule un plazo inferior a siete días, exigidos como sabemos por el art. 1.3 LDAT (“...no podrá ser nunca inferior a siete días seguidos”). Aquí de nuevo la cuestión resulta dudosa, en cuanto esta última norma excluye plazos inferiores a siete días, por lo que podría pensarse que son lícitos, y no se rigen por la nueva Ley, aquellos negocios que fijen seis o menos días al año; no obstante, si se lee en art. 1.7 LDAT, no se hace alusión alguna al plazo -sólo se exige que sea determinado o determinable-, por lo que el caso analizado podría entrar dentro de la prohibición. En realidad, todo depende de cómo se interprete la prohibición del art. 1.3. Si la misma tiene su razón de ser sólo en dar una cierta “consistencia temporal” al nuevo derecho real que se crea (poca consistencia tendría, para ser considerado como “real”, un derecho que concede una duración de menos de siete días al año), el hecho de contratar plazos de disfrute inferiores a ese tope de 7 días se consideraría como insuficiente a ese fin (“realidad” del derecho), pero no necesariamente ilícito, en cuanto medio de defraudar el espíritu de la Ley. En cambio, si la prohibición tiene por objeto reconducir cualquier manifestación del fenómeno a ese plazo mínimo de siete días, es obvio que se considerará un ataque a la Ley el fijar un plazo próximo a éste, debiendo adaptarse “ope legis” a la duración establecida taxativamente en la norma. En nuestra opinión, es más razonable la primera de las interpretaciones, por lo que el establecimiento de plazos de disfrute anual de seis días o menos, deja el contrato fuera del ámbito, no sólo de la Ley 42/1998 (art. 1), sino también de la prohibición del art. 1.7 LDAT, siendo considerado por tanto como lícito el contrato que incluya tal estipulación.

Concluyendo: basta con que no se cumpla alguno de los antes señalados presupuestos de aplicación del art. 1.7º LDAT (tiempo superior a tres años, utilización de uno o más inmuebles, o, sobre todo, período determinable al año), en los términos que hemos explicado, para que no haya lugar a la sanción de nulidad de pleno derecho allí prevista. Se puede, por tanto, constituir válidamente, y con carácter profesional o empresarial, un régimen en el que se enajenen tanto derechos personales, del tipo que sean (no sólo “derechos arrendaticios de temporada”), como derechos reales (derechos reales limitados distintos del DAT, derechos de copropiedad por cuotas...), mientras no se cumplan todas y cada una de las condiciones previstas en el citado apartado. Faltando alguna de ellas, y por supuesto en tanto en cuanto no se pueda demostrar el “fraude de ley” conforme al art. 6.4 C.civil, que obviamente debe entenderse subsistente en principio, estaremos ante una fórmula de disfrute absolutamente lícita de acuerdo con los márgenes establecidos por la LDAT¹¹.

¹¹No podemos olvidar tampoco los supuestos, probablemente frecuentes en la práctica futura, en que el promotor incluya en las cláusulas preredactadas del contrato, la constitución de un derecho distinto del DAT (primordialmente, de naturaleza personal), con sometimiento a ley extranjera con la que haya algún punto de conexión. También en estos casos, y a pesar de la previsión de la D. Adicional 2ª LDAT, cuya eficacia imperativa va a resultar bastante limitada, como han reconocido algunos de los autores del texto legal (MUNAR, PAU PEDRON), se podría llegar a admitir la licitud de los contratos celebrados a pesar del mandato imperativo del art. 1.7 LDAT.

Inmediatamente, la pregunta surge: ¿para qué va a servir que el legislador haya hecho un esfuerzo tan relevante en convencernos a todos, y muy especialmente al sector empresarial del “time sharing”, de que debemos guiarnos por un sistema unitario (o binario) en la regulación del “tiempo compartido”, cuando la misma ley deja abierta la posibilidad de recurrir lícitamente a otras figuras mediante el no cumplimiento de todos los presupuestos de aplicación del art. 1.º? ¿No se está acreditando con ello una voluntad incomprensible y a la postre inútil de poner puertas al campo, de restringir algo que no debe ser restringido, sino como mucho encauzado a través de los pertinentes controles en provecho de la parte contratante más débil, algo como la autonomía privada misma aplicada a este campo, o sea, la facultad de crear derechos personales o reales de disfrute temporal y cíclico de inmuebles en régimen turístico? Hubiera sido más sensato, en aras de la seguridad jurídica (y a la postre de la economía del país), un sistema legal que reconociese la licitud de todas las modalidades existentes y cualesquiera otras posibles, mientras no se viesen afectados los principios y reglas generales sobre contratación y constitución de derechos reales.

3. CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE DAT, Y ADQUISICIÓN Y TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS CONCRETOS

Este es un tema problemático, que no está claramente resuelto por el legislador español. Originariamente, el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno al Congreso de los Diputados establecía un sistema de inscripción constitutiva, en cuanto que la constitución del régimen -que no de los derechos reales concretos de DAT- exigía no sólo el otorgamiento de escritura pública, sino su inscripción registral. Lo decía tanto la E. de Motivos como el artículo 4, apartado 3 del Proyecto (“El régimen de AT de un inmueble, que deberá constar en escritura pública, se constituirá mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad...”).

En trámite parlamentario, y fruto de una enmienda del Grupo parlamentario catalán (CiU), se transformó en lo que hoy consta en la Ley, a saber, un sistema de constitución mediante otorgamiento de escritura (o sea, el régimen no existe si no se ha otorgado la escritura pública), y que deberá (obligatoriamente) inscribirse en el Registro de la Propiedad. En suma: constitución del régimen de DAT -no de los derechos o turnos concretos- mediante acto formal de otorgamiento de Escritura pública, e inscripción obligatoria en el Registro.

No están claras las razones del cambio. Se ha criticado, con razón, ese cambio. En principio, la inscripción constitutiva suele usarse cuando se trata de derechos reales sin contenido posesorio (ejemplo típico es la hipoteca), pero es obvio que los turnos tienen contenido posesorio, aunque limitado en el tiempo, por lo que no era muy conveniente una alteración sustancial en el sistema general de acceso al Registro (a pesar de que ha habido voces que han señalado que en la multipropiedad el contacto con la cosa es muy limitado). También se adujo en su momento, para justificar una inscripción constitutiva del régimen, la necesidad de un control de legalidad previo del Registrador, pero el

argumento era poco certero, pues el control de legalidad lo puede ejercer perfectamente el Notario autorizante, y es bastante probable que esta idea pesase en la decisión final de excluir el sistema de inscripción constitutiva.

El problema nace de que ahora se nos dice en la Ley (y en su Exposición de Motivos, más claramente aún) que la inscripción será "obligatoria". ¿Qué significa eso? En teoría, significa que hay una obligación de inscribir, que si no se inscribe el régimen podrá funcionar válidamente (no hay motivo de nulidad), pero se producirá alguna sanción en caso de incumplimiento. Los casos legales de inscripción obligatoria en nuestro Derecho, son muy pocos, y suelen estar dirigidos a obligar a determinados funcionarios a inscribir, bajo sanción de responsabilidad civil (que no es tal sanción) o responsabilidad disciplinaria. Aquí esta posible justificación resulta difícil de acoger, pues entonces, siguiendo esa línea, lo más probable es que el obligado legalmente fuese el propio Notario autorizante, quien debería tener el deber de remitir al Registrador el régimen de DAT constituido, para que procediese a su inscripción. Pero esta interpretación resulta poco razonable, por diversas razones¹².

Seguramente, hubiera sido más lógico mantener el sistema general de inscripción voluntaria, igual que sucede con el régimen de la propiedad horizontal. O bien, en última instancia, propugnar como criterio general el de inscripción constitutiva del Proyecto de Ley (constitución del régimen de DAT con el otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad), pero se ha optado por la peor de las soluciones, a nuestro juicio, creándose una gran inseguridad acerca de las condiciones de constitución del régimen, y de los efectos de la falta de inscripción registral del mismo. No sabemos cómo aplicarán nuestros Tribunales esa "obligatoriedad" de inscripción en el Registro, pero es probable, dada la seguridad que proporciona la publicidad registral, que se llegue a un criterio de exigencia, de hecho, de inscripción, para el funcionamiento efectivo del sistema, es decir, que fácilmente se exija inscripción constitutiva. El inconveniente de esta interpretación serán las importantes cantidades que tendrá que desembolsar el promotor, antes de la venta de los derechos, para la inscripción registral de los turnos¹³.

¹²Las razones serían las siguientes: a) No se prevé en la nueva Ley una norma que sancione disciplinariamente al Notario por no comunicar al Registrador la constitución del régimen por Escritura pública. b) Resultará, en la práctica, insólito que un Registrador, por remitírselo el Notario "obligado legalmente", practique la inscripción de todo el régimen de DAT (incluso abra folio registral a cada uno de los turnos), sin que se lo haya pedido el promotor correspondiente. Es poco viable hacer todo esto, y luego verse el Registrador en la tesitura de tener que reclamar (con un muy escaso apoyo legal) al promotor el pago de los aranceles devengados.

¹³El coste elevadísimo que la apertura anticipada de folio registral a cada turno le puede suponer al promotor, puede llevar a la conclusión de que la norma debe interpretarse en un sentido más laxo, permitiendo que la apertura de nuevos folios a cada apartamento (sea o no en régimen de Propiedad Horizontal) se practique en un momento posterior, al hilo de la primera adquisición de DAT por tercero. Esta solución no perjudica necesariamente los intereses de los consumidores, pues toda la información la deben tener ya en el Registro con antelación (recuérdese, la inscripción del régimen es obligatoria). La norma del art. 6.1. párr. 2º LDAT puede interpretarse más bien en el sentido de que hay que abrirles en todo caso folio independiente a los apartamentos en los que se constituyan DAT (con el fin de delimitar el objeto del derecho), pero no en el sentido de que esa apertura de folio haya de hacerse en el momento de constitución del régimen general.

Otros temas que plantea la constitución del régimen son los siguientes:

a) La Ley exige que sea el "propietario registral" quien constituya el régimen de DAT (art. 4.1º LDAT). Parece sensato propugnar que la norma se interprete extensivamente, y se aplique a otros titulares de derechos reales, v.gr., a los titulares de un derecho de superficie, por el tiempo que reste de duración de ese derecho, o incluso a titulares de un derecho de usufructo, cuando el mismo tenga un plazo de duración concreto. Carece de sentido limitar la constitución al propietario registral del inmueble.

b) Por otra parte, la Ley española, siguiendo pautas próximas a las del Derecho portugués, es especialmente exigente en cuanto a las condiciones exigidas para la constitución: inscripción de obra nueva (terminada o en construcción), licencias administrativas de actividad turística, apertura, primera ocupación, cédula de habitabilidad, contrato con empresa de servicios, aval bancario o seguro de caución para garantizar las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes (art. 4.1º y 2º LDAT), y además un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, y un seguro de incendios y de daños generales (art. 7 LDAT). Esto supone un elemento disuasor para los inversores nacionales y extranjeros (aunque, ciertamente, resulte muy beneficioso para los consumidores adquirentes).

La Ley no ha previsto una sanción para caso de incumplimiento de esas exigencias legales. Tan sólo se dice sobre este punto que los notarios (art. 4.4) no autorizarán la escritura pública, ni los registradores inscribirán, si no se cumplen los requisitos. Eso significa que podrían responder civilmente, frente a posibles perjudicados, si practican esa escritura o inscripción sin cerciorarse del cumplimiento de las exigencias legales. Esa parece ser la única "sanción civil" que prevé la Ley para el caso de infracción de los requisitos marcados por los apartados 1 y 2 del art. 4º.

Sin embargo, no parece lógico que los notarios y, en su caso, registradores, asuman plenamente una responsabilidad civil, cuando los más directamente responsables son los promotores turísticos del DAT por no haber seguido los mandatos legales, siendo por tanto ellos, y aunque no lo diga la Ley, quienes deberán asumir las responsabilidades fundamentales frente a los adquirentes.

Ahora bien, con esto no se disipan todas las incertidumbres. La principal sigue sin resolverse, a saber, si los contratos de adquisición de los turnos celebrados habiendo faltado a esas exigencias legales del art. 4, apartados 1 y 2, son válidos o nulos, lo cual dependerá directamente de cómo se resuelva la cuestión de si el régimen general de DAT se entiende "válidamente constituido" o no cuando no concurre alguna de las exigencias citadas (inscripción de obra nueva terminada, licencias, etc...).

El asunto es verdaderamente difícil de resolver, con la Ley en la mano. A nuestro juicio, en primer lugar, resulta peligroso para los intereses de los consumidores adquirentes de los turnos el que se pueda declarar la nulidad de sus contratos por faltar alguno de esos requisitos del art. 4.1 y 2 (no cabe olvidar que, en cualquier caso, la legitimación para impugnar la tendrán exclusivamente los

adquirentes, y no el promotor, al haber faltado a la diligencia exigible en la constitución del régimen). Pero además, parece existir una clara separación entre los efectos previstos en el apartado 3 del art. 4 LDAT, para la infracción de la regla que ordena la constitución mediante escritura pública y la obligatoriedad de la inscripción registral (la "nulidad de pleno derecho" de los contratos celebrados antes de estar "válidamente constituido" el régimen¹⁴), y los efectos señalados en el apartado 4, relativos a la infracción de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2, para los que en ningún caso se prevé la sanción de nulidad de los contratos.

Hay un último argumento de orden sistemático que de hecho viene a rechazar el criterio de la nulidad absoluta de los contratos celebrados sin alguno de los requisitos referidos: se trata de que, en la letra b) del apartado 1, se dispone que, si la obra está "tan sólo iniciada", no hace falta cumplir los demás requisitos, y sí sólo haber obtenido la licencia de obra y, en su caso, si así lo exige la Comunidad Autónoma, la licencia de actividad turística¹⁵. A la vista de lo anterior, es perfectamente posible, es más, seguramente eso será lo usual cuando se pretenda en el futuro organizar un régimen de DAT, que este régimen se constituya con el simple otorgamiento de escritura pública (art. 4.3), inscripción registral en los términos arriba señalados, y una simple licencia de obras (ni siquiera inscrita en el Registro); todos los demás requisitos son prescindibles en esa fase de construcción, pudiendo venderse sin problemas los turnos a pesar de no contar con las demás licencias y exigencias legales. En conclusión, queda demostrada la poca incidencia que tienen, y que de hecho van a tener en el futuro, los requisitos de los apartados 1 y 2, en la posible nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados con infracción de los mismos. Debe, pues, sostenerse que no habrá nulidad de los contratos por infringirse esas exigencias, sino, en su caso, una posible responsabilidad del promotor frente a los adquirentes por los daños y perjuicios sufridos, aparte de constituir una causa hipotética de resolución de los contratos por incumplimiento.

3) Por último, otro de los graves problemas de la Ley es que no se ha facilitado la posible modificación del régimen de DAT. Como ha dicho algún autor (HERNÁNDEZ ANTOLÍN), la modificación resulta casi imposible, al ser necesario el consentimiento de todos los titulares de los derechos de aprovechamiento por turnos.

¹⁴Parece deducirse de la norma que la "válida constitución" del régimen sólo concierne al hecho formal del otorgamiento de escritura pública (y, a caso, inscripción registral), pero de ningún modo a la inobservancia de los requisitos de los apartados 1 y 2 del artículo 4, cuya sede propia es la del apartado 4.

¹⁵No aludimos al requisito de la celebración del contrato con la empresa o sociedad de servicios, pues debe entenderse a nuestro juicio (y a pesar de que el apartado 3 hable de la concurrencia de la misma salvo "manifestación expresa del propietario de que son por él asumidos directamente" los servicios), que la inexistencia hasta el momento de la venta de los primeros turnos, de un contrato con la referida empresa de servicios, no puede acarrear la nulidad del contrato, por cuanto se entenderá fácilmente que es el propio promotor quien asumirá esas obligaciones.

Una vez constituido el régimen, la Ley remite a las reglas generales sobre contratos y sobre derechos reales todo lo concerniente a los modos de adquisición de los turnos concretos. No se exige para ello ni el otorgamiento de escritura pública, ni la inscripción en el Registro, como se deduce del art. 14 LDAT, por lo que se adquirirán mediante el sistema general de título (contrato transmisivo: normalmente, venta) y modo ("traditio" o entrega material o simbólica del derecho sobre el inmueble).

Tan sólo la Ley exige en el art. 9.1º que "el contrato deberá constar por escrito", con los contenidos obligatorios mínimos que en dicho apartado se enumeran (además de los contenidos del "documento informativo" del artículo 8, tal como exige el art. 9.4º, en aplicación de la Directiva de 1994). La Ley prevé la consecuencia de la infracción de esos contenidos contractuales mínimos, en el art. 10.1º, en cuanto que el comprador goza de la facultad de resolver el contrato (sin necesidad de acreditar las condiciones generales de la resolución de obligaciones bilaterales del art. 1124 C.civil), cuando falte alguno de esos datos o elementos. En cambio nada se dice acerca de la infracción del deber de hacer constar "por escrito" la suscripción de un contrato de adquisición de DAT. Es evidente que la razón de la constancia por escrito, tanto en este caso como en otros previstos últimamente por nuestras leyes civiles, no es otro que la protección del consumidor, buscándose que su consentimiento se forme adecuadamente, lo que se hará mejor por escrito, que verbalmente (o por otra vía). Pero tampoco aquí se ha previsto una sanción concreta si se infringe la exigencia de forma escrita. No parece que esa sanción sea la nulidad de pleno derecho del contrato, que es una solución muy drástica, que normalmente perjudicará al consumidor. Las opciones más probables serán la nulidad relativa o la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación legal de otorgar documento escrito, en cuanto en ambos casos se deja al particular adquirente la facultad de decidir el mantenimiento o no del contrato.

4. BREVE REFERENCIA A LOS RÉGIMENES PREEXISTENTES

La Ley española de 1998 ha dado cobertura legal a todos los regímenes de multipropiedad o "time sharing" constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la misma. Pero lo ha hecho de manera respetuosa, en cuanto que no ha obligado a una transformación de los mismos en "derechos reales de aprovechamiento por turnos". Tan sólo se ha obligado a que, en el plazo de dos años, se proceda a una adaptación, meramente "publicitaria", a las disposiciones de la nueva Ley. Es decir, que ha de procederse a la adaptación a las reglas sobre promoción, publicidad registral, contenido contractual mínimo, reconocimiento de derechos de desistimiento y resolución, y prohibición de anticipos, previstos en los artículos 8 a 12 de la Ley 42/1998. Los derechos preexistentes no sufrirán transformación ni adaptación alguna, por lo que podrán seguir transmitiéndose, ya sea "profesionalmente", ya entre particulares, sin ningún problema (a menos que voluntariamente se quieran someter a la nueva regulación). A estos efectos, sin embargo, es importante que se dé información detallada y precisa sobre los derechos que se transmitan, para evitar fraudes y perjuicios a los futuros adquirentes, para lo cual la Disposición Transitoria segunda establece una fórmula de adaptación a través

de escritura pública notarial que describa con todo detalle el régimen constituido, con acceso ulterior al Registro de la Propiedad.

No obstante, conviene hacer alguna matización. Se parte de una vigencia absoluta e inmediata, sin esperar al transcurso de dos años, en todo el ámbito del tiempo compartido, de las normas sobre irrenunciabilidad de derechos (art. 2 LDAT) y, sobre todo, de promoción (documento informativo u "oferta vinculante" del art. 8 LDAT), como se desprende de la D.Transitoria primera, apartados 1 y 3. Aunque la vigencia de la nueva ley es absoluta en cuanto a la promoción (art. 8 LDAT), no sucede lo mismo en cuanto a la venta o transmisión en general (art. 9 LDAT: contenido contractual mínimo), que se regirá por el régimen anterior, hasta que transcurra el plazo de adaptación (D.Transitoria 2ª, número 2), en cuyo caso se regirá por la nueva Ley, si no se adaptó, o por lo publicado en el Registro, si se adaptó.

16

LAS NUEVAS
CONDICIONES
LEGALES DE

COMERCIALIZACIÓN
DEL
TIEMPO
COMPARTIDO

LAS NUEVAS CONDICIONES LEGALES DE COMERCIALIZACIÓN DEL TIEMPO COMPARTIDO*

Adolfo Aurióles Martín

**Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga**

I. INTRODUCCIÓN

Las condiciones de comercialización de lo que, entre los expertos en turismo, se conoce como «tiempo compartido» o *time-sharing*, han sido objeto de una detallada regulación por la Ley 42/1998 que, sin duda alguna, afectará a las técnicas habitualmente utilizadas por los profesionales del sector para la captación de los futuros adquirentes de este típico producto «vacacional». A fijar las nuevas condiciones de promoción y transmisión de los derechos de aprovechamiento por turno, la Ley 42/1998 dedica los artículos 8-15 así como su disposición transitoria primera. A través de aquellos ocho artículos, se recibe en nuestro ordenamiento interno la mayoría de las normas comunitarias que sirven de inspiración al legislador español. La obligatoria observancia del precedente comunitario ha reducido notablemente el margen de maniobra de nuestro legislador estatal, aunque, como es sabido, la versión definitiva de tales preceptos presenta algunas modificaciones, adiciones y, en algún caso, hasta supresiones significativas, si la comparamos con sus antecedentes comunitarios e, incluso, si se atiende al *iter* legislativo de la Ley 42/1998, con el Proyecto de Ley que entró en el Congreso de los Diputados, en el mes de septiembre de 1997, o, incluso, hasta con las distintas redacciones que se sucedieron hasta su definitiva aprobación en el mes de diciembre de 1998.

Durante los 14 meses de tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, debe destacarse la intensa labor de *lobbying* realizada por las organizaciones empresariales de este importante sector turístico, cerca de los grupos políticos con presencia en el Parlamento español, para lograr la aprobación de una Ley que no «naciera de espaldas a la realidad del sector», tal y como esta actividad turística se venía explotando en la práctica. Fruto de esta presión y del consenso alcanzado por los grupos parlamentarios ha sido la aprobación de una Ley que, en líneas generales, puede valorarse positivamente, sobre todo porque, a partir de ahora, los empresarios y los consumidores de vacaciones en régimen de «tiempo compartido» tienen «más claro» cuáles son las «reglas del juego».

*Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Investigación denominado "Legislación aplicable a las empresas turísticas", del que el autor es Investigador Principal y se ha beneficiado de la subvención otorgada por la Universidad de Málaga. Conferencia pronunciada en las II Jornadas de Derecho Turístico, el día 16 de abril de 1999.

Sin embargo, la Ley 42/1998 no parece que vaya a ser la «panacea legal» que resuelva los problemas que tienen planteados actualmente los operadores turísticos dedicados al «tiempo compartido». La Ley 42/1998 no ha pretendido «legalizar» todas las prácticas seguidas en el sector y, finalmente, se ha decantado por configurar un régimen unitario de derechos de aprovechamiento por turno con naturaleza dual: derecho real limitado y derecho personal, pero éste sólo como variante del arrendamiento por temporada. En la propia Exposición de Motivos, sus patrocinadores destacan que la Ley no se limita a la transposición estricta de la Directiva 94/47/CE, sino que pretende dotar a la institución de una regulación completa. Me parece que ninguno de ambos objetivos pueden considerarse alcanzados. Por lo que al segundo de ellos se refiere, en la medida que se trata de una materia turística, con la actuación del legislador estatal no puede entenderse culminada la regulación del régimen jurídico de la figura y, en este sentido, ha de tener continuación, ya en el terreno del desarrollo reglamentario de la Ley 42/1998, con la aprobación de las correspondientes Decretos autonómicos, sobre todo, teniendo en cuenta que la propia Ley 42/1998 ha «descargado», si no todo, sí buena parte del contenido jurídico-turístico que ofrecía el Proyecto de Ley (por ejemplo, en lo relativo estatuto jurídico de las empresas de servicios), confiando su regulación a las distintas Comunidades Autónomas.

Pero, como decimos, tampoco puede afirmarse con rigor que la Ley 42/1998 supone la transposición de la Directiva 94/47CE al ordenamiento interno español y, menos aún, que dicha transposición se haya realizado correctamente. A su tardía incorporación al Derecho español (como es sabido, el plazo concluyó el 29 de abril de 1997 y este notable retraso determinó la presentación por la Comisión Europea de un recurso contra el Reino de España -asunto C-311/98, DOCE C 299, de 26 de septiembre de 1998, pág. 29-, del que, recientemente, se ha desistido), hay que añadir que, en mi modesta opinión, la transposición adolece de errores y de omisiones apreciables. En efecto, si comparamos los textos de la Directiva 94/47/CE y de la Ley española, pueden advertirse algunas «diferencias», no meramente formales, sino que afectan al mismo contenido de las disposiciones de la Ley 42/1998, alejándose del sentido y de la finalidad pretendida por la normativa comunitaria. Entre otros, sirvan los siguientes ejemplos:

- a) Así, a propósito de la lengua en que deben estar redactados los folletos publicitarios y los contratos, el artículo 4^º.2 de la Directiva dispone que la lengua de redacción será la elegida por el adquirente, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, pudiendo ser la lengua o una de las lenguas del Estado miembro en que resida tal adquirente o la lengua o una de las lenguas del Estado miembro del que sea nacional dicho adquirente (v., Considerando 10).

Si examinamos la Ley española, observamos que su artículo 9^º.3 establece una regla que se nos antoja distinta: obliga que el contrato y los documentos informativos se redacten, a elección del adquirente, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro de la Unión Europea en que resida. ¡No se le permite optar por una de sus lenguas nacionales!. El legislador español, ha entendido mal

lo que quiere la Directiva y realiza una discutible interpretación del último inciso de su artículo 4º.2, que, como sabemos, deja libertad a cada uno de los Estados miembros para que su legislación interna pueda imponer la obligación de que el contrato esté redactado, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en su lengua o en alguna de sus lenguas (art. 4º.2, *in fine*), pero sólo respecto a los adquirentes que residan en su territorio. De ello se desprende, a mi juicio, que, únicamente respecto a los adquirentes que residan en España, la Ley española podría haber impuesto la obligación de que el contrato tenga que ser redactado en castellano o en alguna de las demás lenguas españolas oficiales pero, ¿son lenguas oficiales de la Comunidad? en las respectivas Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus Estatutos (art. 3º.2 CE).

La Directiva comunitaria, al tratar de un tema de la importancia en este mercado como el de determinar la lengua en que tienen que estar redactados los contratos y los folletos publicitarios, quiere que las Leyes nacionales de transposición concedan a los adquirentes –y a los potenciales interesados– la facultad de elegir, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, la lengua o una de las lenguas del Estado miembro en que residan o del Estado miembro del que sean nacionales.

La norma legal española destinada a transponer esta disposición de la Directiva comunitaria la interpreta de manera singular: el apartado primero del artículo 9º.3 sólo permite al adquirente elegir entre la lengua o una de las lenguas del Estado miembro de la Unión Europea en que resida –por lo que, en el caso de existir una sola lengua oficial en dicho Estado de residencia del adquirente, la referida facultad de elección sería claramente ilusoria–. El apartado primero del artículo 9º.3 debería haberse referido a la lengua o lenguas del Estado miembro del que sea nacional el adquirente, como otra u otras de las lenguas susceptibles de ser elegidas por el adquirente. En el caso de adquirentes que residan en España, la Ley española, de acuerdo con la Directiva, sí está habilitada para imponer la redacción, ampliando el ámbito de protección del adquirente, no sólo del contrato, sino también del folleto informativo –no olvidemos que se trata de una Directiva «de mínimos» ex artículo 11– tanto en castellano como en cualesquiera de las lenguas españolas oficiales –como hace en el segundo párrafo del artículo 9º.3, apartado primero– aunque, considerando que así protege mejor a los adquirentes, estrecha aún más las posibilidades de elección, al otorgarles la facultad de elegir entre el castellano o la lengua española oficial en el lugar de celebración (¿en el lugar de celebración del contrato, en el lugar de celebración de la oferta de contrato, ...?).

b) El apartado segundo del artículo 3º.2 de la Directiva recoge el carácter inmodificable del contenido del folleto informativo por la voluntad unilateral del vendedor, estableciendo que, a menos que las partes interesadas acuerden expresamente otra cosa, dichas modificaciones sólo pueden provenir de circunstancias ajenas a la voluntad del vendedor.

Esta previsión de la Directiva, pensada para evitar que la información del folleto publicitario pueda ser alterada discrecionalmente por la voluntad unilateral del vendedor, no la vemos reflejada en el artículo 8º.

c) En el Anexo de la Directiva, se observan algunas menciones obligatorias que deben figurar en el folleto informativo (art. 3º.1) y en el contrato (art. 4º) y que, s.e.u.o., la Ley española no ha incluido en los artículos 8º y 9º:

- Punto j) : "cláusula que estipule que la adquisición no supondrá desembolso, gasto u obligación alguna distintos de los mencionados en el contrato"...., el artículo 9º.1.5º de la Ley española no recoge esta mención.

- Tampoco se recogen, a mi parecer, en el artículo 8º.2.c) el punto d) 4) –para los inmuebles en construcción, indicación de la "fase en que se encuentran los servicios comunes que permiten la utilización del inmueble (conexiones de gas, electricidad, agua, teléfono"- , ni en los artículos 8º.2. h) y 9º.1.5º, el punto i) "base del cálculo de la cuantía correspondiente a los gastos derivados de la ocupación del bien inmueble por el adquirente".

II. NORMAS DE DERECHO TRANSITORIO APLICABLES A LA COMERCIALIZACIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO

La primera cuestión que debe abordarse cuando se examina un texto legal de reciente aprobación es, lógicamente, la relativa a su régimen transitorio. Por lo que a nuestro tema concierne, en su Disposición transitoria primera, la Ley 42/1998 distingue entre las dos fases del proceso de comercialización, es decir, entre la promoción y la transmisión, no de derechos de aprovechamiento por turno, propiamente dichos, sino, en general, de cualquier derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un período determinado o determinable del año. Esta distinción también opera respecto del momento inicial en que las nuevas condiciones legales resultan aplicables a ambas fases, atemperándose el rigor con que se expresaba el Proyecto de Ley que, como sabemos, preveía la aplicación inmediata de sus normas, tanto a la promoción como a la transmisión.

El texto legal definitivamente aprobado separa, con buen criterio, entre las dos fases sucesivas que integran el proceso de comercialización de este producto turístico. Así, la promoción de lo que la Ley 42/1998 denomina «cualquier derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un período determinado o determinable del año», cualquiera que sea su naturaleza, personal o real, está sujeto inequívocamente a las nuevas prescripciones legales (disposición transitoria primera. 1).

Por el contrario, las condiciones de transmisión de estos mismos derechos serán las que correspondan según el régimen que, hasta la entrada en vigor de la Ley, regulara el inmueble. Llegado el final del período bienal de adaptación, sin que el régimen preexistente se hubiera adaptado a la nueva Ley, la transmisión de los derechos se regirá por las normas de ésta. Se prevé, pues, la apli-

cación forzosa de la Ley a la transmisión de derechos que permitan a su titular la «utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un período determinado o determinable del año», cuando estemos en presencia de regímenes preexistentes «inadaptados» a la Ley 42/1998, siempre que, añadimos nosotros, resulten aplicables por la naturaleza de los mismos. Las consecuencias del incumplimiento por parte del propietario de la obligación de adaptar el régimen preexistente a los nuevos postulados legales vienen recogidas en la Disposición transitoria tercera: se faculta a los adquirentes para resolver los contratos que se hubieran celebrado después de la entrada en vigor de la Ley, pudiendo exigir la devolución de las cantidades satisfechas y la indemnización de daños y perjuicios que, en su caso, proceda. Obsérvese que los contratos «amenazados» por la resolución son todos aquellos celebrados a partir de la entrada en vigor de la Ley, y no sólo los que se hubieran formalizado una vez transcurrido el período de adaptación, sin haberse ésta realizado. Por estos motivos, la Ley está invitando, indirectamente, a que se adapten a ella los regímenes preexistentes. Realizada la adaptación-publicación del régimen preexistente, la transmisión se regirá, no por la presente Ley –no dice esto expresamente su Disposición transitoria primera.2- sino «de conformidad con el régimen publicado en el Registro». De ahí la necesidad, si no la conveniencia y la recomendación más ferviente, de que los regímenes preexistentes accedan al Registro y los propietarios de los inmuebles sobre los que recaigan hagan uso adecuado de las posibilidades que le otorga la Disposición transitoria segunda. Los únicos límites establecidos por la Ley 42/1998 es que, en todo caso, será de aplicación (a la promoción, pero también a la transmisión) lo dispuesto en los artículos 2º y 8º a 12.

III. LA FASE INICIAL DE LA COMERCIALIZACIÓN: REFERENCIA A LA EXIGENCIA DEL FOLLETO INFORMATIVO

La Ley 42/1998 pone especial énfasis en asegurar que la prestación del consentimiento contractual se realice después de que los futuros adquirentes hayan recibido una información completa y detallada del producto turístico que se le propone adquirir (art. 8º.2). Se trata, por lo demás, de un mecanismo tuitivo del consumidor que tiene conocidos precedentes en otras Directivas comunitarias y en leyes nacionales de transposición. Se persigue con ello que el consumidor conozca de antemano, de manera veraz y exhaustiva, qué es lo que va a comprar, cuáles son sus derechos, a quiénes va a comprar, etc.

La información previa que ha de proporcionarse a los potenciales adquirentes tiene que estar recogido en un documento informativo con finalidad publicitaria (art. 8º.5). El folleto informativo no tiene por qué ser un documento escrito (el Decreto balear de 6 de septiembre de 1997 permite que la promoción se realice, incluso, a través de medios telemáticos o informáticos –art. 1º). En cualquier caso, desde el punto de vista jurídico, este documento informativo tiene carácter de «oferta vinculante», lo que significa que su contenido obliga al promotor (tiene carácter contractual y la información que contenga deberá incorporarse materialmente al contrato, como señala el artículo 9º.4). La norma resulta

estéril, por reiterativa, al menos en el Derecho español, puesto que el artículo 8º.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, consagra la llamada «integración publicitaria del contrato»). Sí resulta novedoso y, al mismo tiempo, excesivamente severo, que toda la información contenida en dicho documento informativo tenga que incorporarse al contrato y que su incumplimiento, puramente material, sea equiparado al incumplimiento del deber de información y pueda llevar consigo la resolución del contrato. Por ello, se recomienda que el folleto, propiamente dicho, se adjunte como anexo inseparable del contrato.

El folleto tendrá que ser único por cada complejo. Antes de ponerlo en circulación tendrá que ser archivado en el Registro de la Propiedad (arts. 410-414 Reglamento Hipotecario) y deberá ser entregado gratuitamente a cualquier persona que requiera información. Parece que el folleto también deberá ser conservado por el propietario, promotor o comercializador, a disposición de las organizaciones de consumidores y usuarios, legalmente constituidas (disposición adicional primera) y, en su caso, de las autoridades turísticas (art. 8º.3., párrafo tercero). En cambio, no parece que exista obligación de entregarlo o tenerlos a disposición de los organismos públicos, colegios profesionales y profesionales «oficiales» que menciona el artículo 8º.3.

La obligación de editar este folleto está ya en vigor y no hay que esperar a que la Comunidad Autónoma competente en materia de consumo —que, pensamos, será aquella en cuyo territorio se ubique el inmueble, no la del lugar donde se realice la promoción publicitaria— dicte las normas correspondientes sobre esta materia.

Por lo que se refiere al contenido mínimo del folleto, la Ley española (art. 8º.2) se muestra respetuosa, con las salvedades apuntadas más arriba, con las exigencias de la Directiva comunitaria (artículos 3º y 4º y Anexo). Algunas de las menciones que han de insertarse en el folleto informativo merecen un breve comentario:

a) En relación con la empresa de servicios, el artículo 8.2.g) exige que su denominación y datos de inscripción en el Registro Mercantil se indiquen en el documento informativo. La Ley parece adoptar una postura recelosa hacia las empresas de servicios, prohibiéndoles que estén domiciliadas en paraísos fiscales (art. 4º.1.c). Si no estuviera domiciliada en España, deberá tener, al menos, una sucursal domiciliada en España. Si la empresa de servicios está domiciliada en algún Estado miembro de la Unión Europea me parece que esta norma no se compadece bien con las reglas comunitarias que avalan la libertad de prestación de servicios y de establecimiento en el mercado interior. Al margen de ello, la exigencia de sucursal no impide que la empresa de servicios extranjera pueda cumplir este requisito de «territorialidad» a través de una filial española. La Ley utiliza impropiamente el término «sucursal» (arts. 295 y sigs. —espec. art. 300-, RRM). Con todo, la necesidad de hacer constar la denominación de la empresa de servicios nos hace dudar si la Ley está vetando la posibilidad de que esta actividad pueda ser desarrollada por un empresario individual o por cualquier tipo de socie-

dad que, desde el punto de vista técnico-jurídico, no tenga denominación, sino razón social. Parece que la Ley sólo permite que la empresa de servicio sea una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, cuando, perfectamente, podría ser cualquier otra de tipo colectiva o comanditaria. Incluso, una sociedad civil. La decisión última puede estar en manos de las Comunidades Autónomas y sería éste uno de los aspectos a regular en la futura reglamentación adaptada a la Ley 42/1998.

b) La Ley 42/1998, apartándose en este punto de la Directiva, no exige que el folleto contenga indicación alguna sobre la posibilidad de «reventa». Llama la atención este olvido porque la Directiva aludía conjuntamente a la posibilidad de intercambio y de reventa y, mientras la posibilidad de intercambio está mencionada expresamente en la Ley (art. 8º.2.k), no se dice nada acerca de la reventa. La cláusula de reventa forma parte del contenido habitual de los contratos y, bien utilizada, puede resultar muy beneficiosa para el adquirente. Esta omisión ha podido estar justificada inicialmente por su presunta incompatibilidad con la naturaleza del derecho de aprovechamiento por turno como derecho real limitado y que, en el Proyecto de Ley, como es sabido, constituía la única fórmula posible para adquirir la facultad de disfrutar de un inmueble durante un período determinado del año. Con todo y ello, cualquiera que sea la razón de dicha omisión, nos parece que hubiera sido deseable que la Ley española obligara a incluir en el folleto la posibilidad de utilizar el servicio de reventa –o de recolocación de la semana- ofrecido por el promotor o por el transmitente (de hecho, el citado Decreto balear lo contempla en el artículo 5º.2.j).

IV. INTERPRETACIÓN DE ALGUNAS MENCIONES DE OBLIGATORIA INCORPORACIÓN A LOS CONTRATOS RELATIVOS A DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO

También responde a una técnica habitual en materia de legislación protectora de los consumidores, la exigencia del contenido mínimo obligatorio en los contratos en que participe un consumidor (por cierto, parece que la Ley no gusta de denominar al consumidor por este *nomen iuris*, prefiriendo calificarlo como al adquirente o al titular de derechos de aprovechamiento por turno, aunque sí aluda a los consumidores finales -art. 1º.4-, a las organizaciones de consumidores -art. 9º.3- o a las organizaciones de consumidores y usuarios -disposición adicional primera-) En todo caso, me inclino por una interpretación flexible del artículo 9º.1 por lo que, a mi entender, no habrá incumplimiento de este precepto legal, a los efectos del artículo 10.2, si, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, no es posible cumplimentar todas y cada una de sus exigencias (por ejemplo, si la escritura reguladora del régimen no está inscrita aún en el Registro de la Propiedad, no será posible cumplir el requisito del artículo 9º.1.1º; si el transmitente es el propio promotor, no será posible precisar la relación jurídica con el propietario o promotor en el momento de la celebración del contrato -art. 9º.1.9ºb-; etc., y no por ello el contrato será susceptible de resolución).

Entre las menciones obligatorias que tiene que incluir el contrato, el artículo 9º.1.2º señala la referencia expresa a la naturaleza real o personal del derecho transmitido. Sin embargo, nada se precisa acerca de si tales derechos personales sólo pueden ser configurados como una variante del arrendamiento de temporada (art. 1º.6) o pueden tener otra configuración como derecho personal. En una primera lectura, habría que considerar que sólo se admite esta modalidad de derecho personal, aunque, haciendo una interpretación sistemática de la Ley (en particular, cuando se trate de regímenes preexistentes –disposiciones transitorias primera y segunda, 1 y 2–), no sería descabellado afirmar la validez de la promoción, comercialización y transmisión de derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable del año, que no revistan forma de arrendamiento por temporada, en sentido estricto. La cuestión esbozada es sumamente delicada porque, según el artículo 1º.7, se reputará nulo el contrato por el que se transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles, durante un período determinado o determinable del año, al margen de la presente Ley, con las funestas consecuencias para el vendedor que tendrá que devolver las rentas o contraprestaciones satisfechas e indemnizar al comprador por los daños y perjuicios eventualmente sufridos.

La interpretación conjunta de dichas normas autoriza a interrogarnos sobre la validez –y, por ende, sobre su posible sujeción o no a la Ley– de un contrato que tenga por objeto la transmisión a una persona física, a cambio de un precio global, de un derecho de naturaleza personal que, durante un período no superior a tres años (arts. 3º y 9º.10º), permita al adquirente disfrutar o utilizar un alojamiento turístico y de los servicios complementarios (arts. 1º.1 y 3º). En mi opinión, la Ley no prohíbe –ni se sitúa al margen de ella– esta fórmula de comercialización, que comienza a desarrollarse con éxito en la práctica, siempre que no vaya unida, a la transmisión de un derecho de aprovechamiento por turno, a partir del tercer año y por un máximo de 50 (art. 3º). Es más, parece que esta fórmula puede resultar atractiva para el futuro adquirente del derecho de aprovechamiento por turno que tiene la oportunidad, durante dicho período de comprobar *in situ* las bondades del alojamiento.

Quizás, desde la perspectiva jurídica, el principal problema radique en compaginar esta fórmula con el mantenimiento de los mecanismos tuitivos que la Ley concede al adquirente de derechos de aprovechamiento por turno (en particular, con el desistimiento) y el riesgo de que la fórmula aludida pueda ser tachada de fraudulenta (art. 1º.7).

Para soslayar esta dificultad, cabría interpretar que estamos ante una figura distinta y que el contrato a que nos referimos reúne todas las características de un viaje combinado (art. 2º Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados), aunque, en estas hipótesis, su organización y comercialización parece que tendría que hacerse a través de una agencia de viaje, salvo que el propio promotor obtuviera habilitación como agencia de viaje (disposición adicional 2ª, Ley 21/1995).

Sin embargo, creemos que no sería preciso constituir una agencia de viaje para que el promotor pueda celebrar válidamente estos contratos, sin riesgos de fraude de ley o de intrusismo profesional.

Si el contrato sólo comprende el alojamiento y otros servicios turísticos no accesorios del alojamiento o si éstos no constituyen una parte significativa, en cuanto al precio total, del producto turístico vendido, no estaríamos ante un viaje combinado. Así, si lo que se vende es el derecho de utilización de un alojamiento turístico y de servicios anejos al alojamiento o comunes al bloque o conjunto de bloques en que se encuentre, o, en fin, se incluyen en el «paquete» otros servicios complementarios del alojamiento, una posible cobertura jurídica a este planteamiento comercial podría venir de la mano de la propia normativa reguladora de las agencias de viaje (arts. 2º.2 Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, y Orden de 14 de abril de 1988, aplicables aún en Andalucía, en tanto no se apruebe normativa propia), en relación con la normativa ordenadora de apartamentos, bungalós y otros alojamientos turísticos (arts. 20 y 21 Orden de 17 de enero de 1967) o, incluso, de la aplicable en materia de apartamentos y viviendas turísticas vacacionales (disposición transitoria única, Real Decreto 2.877/1982, de 15 de octubre) que permitiría a los empresarios que explotan esta clase de alojamientos turísticos contratar directamente sus propios servicios con los clientes, sin necesidad de valerse de la intermediación de una agencia de viaje. Sobre esta base, consideramos que no estaría sujeto a la Ley 42/1998 y que podría admitirse la validez de un contrato cuyo objeto sea la cesión temporal, por plazo máximo de tres años, del derecho de alojamiento y esos otros servicios, con disfrute efectivo durante un período determinado o determinable dentro de cada uno de esos tres años, sin la correlativa facultad de desistimiento del adquirente y con pago completo del precio (aquí no regiría la prohibición de anticipos del artículo 11). En el supuesto de que, simultánea o posteriormente a la formalización de este contrato, se celebrara otro cuya vigencia inicial fuera a partir del tercer año y hasta un máximo de cincuenta años, respecto de este otro contrato, sí serían plenamente aplicables todos los resortes legales destinados a su protección y, en particular, las facultades de desistimiento y resolución del cliente y la prohibición de anticipos.

Quiero referirme, por último, a lo que establece el artículo 9º.1.6º: el afán proteccionista del adquirente lleva al legislador español a exigir la inserción literal en el documento contractual del texto de los artículos 10, 11 y 12 de la Ley, haciendo constar su carácter de normas legales aplicables al contrato (art. 9º.1.6º). En mi opinión, se trata de una medida más «efectista» que «eficaz», establecida *ex novo* por el legislador español puesto que estaba prevista en la Directiva comunitaria (letra l) del Anexo), al menos, en los términos en que aparece formulada en la Ley española. De otro lado, resulta paradójico que el cumplimiento preciso del mandato legal pueda entrar en abierta contradicción con lo establecido en el artículo 10.1.a) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en tanto que la cláusula contractual que recoja el contenido literal de los tres preceptos legales no se caracterizará, por mucho empeño y esmero que se quiera poner en su redacción, por ser «concreta», «clara» y «sencilla», ni de «posible comprensión directa», sin olvidar que, contraviniendo ese mismo artículo 10.1.a), la cláusula en cuestión «reenvía» a textos –por ejemplo, al Código civil y a otros artículos de la Ley 42/1998– que no son facilitados al consumidor, previa ni simultáneamente, a la conclusión del contrato. Me parece que, en lugar de exigir la transcripción literal del contenido de los artículos 10, 11 y 12, el legislador debería haber permitido que el contrato recogiera una cláusula en la que, de acuerdo con los criterios previstos en el artículo

10.1.a) de la Ley 26/1984, se dejara constancia de tales derechos irrenunciables del consumidor, en un lenguaje fácilmente comprensible para su titular.

Respecto a los derechos de desistimiento y resolución del contrato, los supuestos, requisitos y consecuencias previstos en el artículo 10 se podrían esquematizar como sigue:

- a Desistimiento.- Plazo: 10 días, desde la firma del contrato. No es necesario alegar causa. Sin penalización ni gasto alguno a cargo del adquirente (art. 10.1).
- b Resolución.- Plazo: 3 meses, desde la fecha del contrato. Motivos: Por incumplimiento de los deberes de información del empresario. Sin penalización o gasto alguno a cargo del adquirente (art. 10.2, párrafo primero). Si la información no cumple los requisitos de veracidad: posible responsabilidad penal y nulidad del contrato (art. 10.2., párrafo segundo).
- c Nueva posibilidad de desistimiento.- Plazo: 10 días desde que se complete la información inicialmente insuficiente. Sin alegar causa. Sin penalización o gasto alguno a cargo del adquirente (art. 10.2, párrafo tercero).
- d Nueva posibilidad de desistimiento.- Plazo: 10 días después de haber transcurrido tres meses desde la fecha del contrato, sin que se hubiera completado la información y sin haber hecho uso de la facultad de resolverlo. Sin alegar causa. Sin penalización o gasto alguno a cargo del adquirente (art. 10.2, párrafo cuarto).

Tanto la resolución como el desistimiento deberán ser notificados al propietario o promotor, como contraparte del adquirente en el contrato, en domicilio que, a estos efectos, figure en el propio documento contractual –sorprendentemente, entre las menciones de obligatoria expresión en el contrato, el artículo 9.1.9º no exige constancia de un domicilio del propietario o promotor «a efectos de notificaciones», pese a lo cual, creemos factible la designación de un domicilio a esos efectos, distinto del registral o efectivo que pudiera corresponderle). Por lo demás, la Ley otorga amplia libertad al adquirente respecto del medio a utilizar para llevar a cabo la notificación al propietario, siempre que se trate de un medio que ofrezca garantías sobre la constancia de la comunicación, de su recepción por el propietario y de la fecha de envío. Parece que estos son los requisitos que han de observarse para instar la resolución contractual, mientras que, si nos atenemos al tenor literal del primer párrafo del artículo 10.3, el desistimiento no tendrá carácter recepticio para el propietario, estimando el legislador que será suficiente –suponemos que suficiente para la efectividad del desistimiento- con que el envío del documento se haga dentro del plazo establecido. Para equilibrar los intereses de ambas partes contratantes y evitar, por ejemplo, los llamados desistimientos «al viento», de imposible conocimiento para el propietario, sugeriría que, entre la documentación contractual, se incluyan sendos modelos de documentos de desistimiento y de resolución, dirigidos al propietario y al domicilio designado a estos

efectos, dejando en blanco los datos referidos al adquirente, con el fin de facilitar el ejercicio de esos derechos por el adquirente que decide desistir o resolver el contrato. No creo admisible, sin embargo, que, mediante estipulación contractual expresa, pueda imponerse al adquirente un medio concreto –por ejemplo, acta notarial– para efectuar dicha notificación al propietario (posible cláusula abusiva ex disposición adicional primera II, 14, Ley 26/1984). Igualmente discutible, desde el punto de vista de la correcta transposición de la Directiva 94/47/CE es la exigencia establecida en el segundo párrafo del artículo 10.3, al señalar al acta notarial como único instrumento válido para notificar el desistimiento de un contrato celebrado ante notario (regla reiterada en el artículo 14.2), lo que, en nuestra opinión, implica una restricción de la protección brindada al consumidor por la Directiva (art. 9) que no puede ser ignorada por la normativa de los Estados miembros.

También tiene que figurar en el contrato, la prohibición de exigir anticipos al adquirente que proclama el artículo 11. El rigor inicial con el que esta prohibición procedente de la Directiva (art. 6º) se recogía en el Proyecto de Ley ha sido notablemente «dulcificado» en la Ley definitivamente aprobada, teniendo en cuenta la posibilidad de establecer mecanismos de garantía, a favor del empresario, para garantizar el pago aplazado, que se menciona en el segundo inciso del artículo 11.1.

El tenor literal del primer inciso del artículo 11.1 conduce a interpretar que está prohibido al empresario recibir anticipos a cuenta del precio aplazado, en los 10 días siguientes a la fecha en que se firme el contrato o, si se han incumplido las obligaciones de información, mientras no expire el período trimestral durante el cual el consumidor dispone de la facultad resolutoria, según el artículo 10. En realidad, en el peor de los casos, el plazo máximo durante el cual el transmitente tiene prohibido recibir del adquirente cualquier cantidad en concepto de anticipo, sería de 3 meses y 10 días, a contar desde la fecha de la firma o celebración del contrato. No obstante, creemos que el segundo inciso de este mismo apartado permite considerar válidas las garantías constituidas en poder de terceros que aseguren la satisfacción final del precio por el adquirente (depósito con fines de garantía, prenda de dinero, etc.). Así, por ejemplo, el artículo 1.763 del Código Civil admite el depósito voluntario, mientras que el artículo 1.766 del mismo cuerpo legal, permite que las cosas depositadas puedan ser restituidas, cuando le sean pedidas, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato. Para no hacer ilusorio el derecho a recuperar el anticipo, sería preciso que, en el contrato de depósito, constara expresamente el derecho del adquirente-depositante a recuperar las cantidades anticipadas, aunque en el contrato se hubiere fijado plazo o tiempo determinado para la devolución al tercero designado, en los supuestos del ejercicio por dicho adquirente de los derechos de desistimiento o de resolución (art. 1.775 Código Civil). Sin embargo, no puede desconocerse que la doble finalidad de custodia y restitución que caracteriza al depósito (arts. 1.758 Código Civil y 306 Código de Comercio) está ausente en este supuesto, reconociendo, por tanto, que, en la solución interpretativa que patrocinamos, faltaría la *custodiae casusa*.

17

LA COBERTURA
DE LA RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL DE LAS

AGENCIAS DE VIAJES
EN LOS CONTRATOS
DE VIAJES
COMBINADOS

LA COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS AGENCIAS DE VIAJES EN LOS CONTRATOS DE VIAJES COMBINADOS*

Francisco Vicent Chuliá

**Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia**

I. EL SISTEMA DE LA LEY DE 6 DE JULIO DE 1995

1.- La Ley 21/1995 de 6 de julio, de viajes combinados (BOE del 7) (a partir de ahora, LVC), incorporó al Derecho estatal español la Directiva 90/314/CEE de 13 de junio de 1990 (en adelante, "la Directiva"), relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados, *con más de tres años y medio de retraso* (debía haberse incorporado antes del 31 de diciembre de 1992). Se produce así la paradoja de la lentitud de adaptación estatal a la nueva normativa de un sector económico extraordinariamente dinámico, que se repetirá en 1999 en la adaptación de sus condiciones generales de la contratación¹.

La Directiva exige a los Estados miembros una *normativa imperativa* y es una *Directiva de mínimos*, de modo que el legislador ha podido elevar lícitamente el nivel de protección al consumidor en algunos puntos de la regulación, aumentando con ello las exigencias de actuación y la responsabilidad de las Agencias de Viajes. La Ley establece un sistema de responsabilidad casi objetiva de los *organizadores* y de los *detallistas* de viajes combinados, en su respectivo ámbito de gestión, propia de una obligación de resultado, a saber: la realización satisfactoria del viaje combinado como un todo².

*Conferencia pronunciada en las II Jornadas de Derecho Turístico, el día 15 de abril de 1999.

¹No obstante, a comienzos de 1998 la Asociación Catalana de Agencias de Viajes encargó un estudio de las condiciones generales del viaje combinado existentes y una propuesta de nuevo condicionado a los Profesores Miquel Marín Casals y Jordi Riutort, de la Universitat de Girona, Francisco Vicent Chuliá, de la Universitat de València, y Fernando Cerdá Albero, de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, que ha sido ultimado en el verano de 1999 (ACAV, "Clausulado 2000" y "Estudio" adjunto). El retraso de los Estados en la incorporación de la Directiva ha preocupado sobre todo en Alemania, a causa de un célebre caso de insolvencia de un Tour-Operador: ver TONNER, "Staatshaftung wegen verspäterer Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie", ZIP 1993, pp. 1205 y ss.; WITTKOWSKY, "Der MP-Travel-Line Konkurs im Lichte der Frankovich-Rechtsprechung des EuGH", NVwZ 1994, p. 326 y ss.; y MICKLITZ, "Die Haftung des Staates für die verspätete Umsetzung der Pauschalreise-Richtlinie", Rra 1996, pp. 239 y ss.

²Ver MARTÍN CASALS, M., "La responsabilidad civil derivada del contrato combinado", *Revista General de Derecho*, núm. 658-659, julio-agosto 1999, págs. 9405-9443, y la bibliografía que cita, en nota 1, a la que haremos referencia más adelante; nuestra primera exposición sintética de la Ley, en *Introducción al Derecho mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 11ª ed., 1998, págs. 686-688, destacando la importancia de los contratos turísticos (12ª ed., 1999, págs. 734-736).

2.- De ahí la trascendencia de la delimitación legal del ámbito de aplicación de la Ley, es decir, de la definición legal del viaje combinado. Existe un *contrato de viaje combinado* si se dan las siguientes circunstancias: 1ª) Combinación previa, por la propia Agencia de Viajes, de varios servicios o prestaciones: (transporte, alojamiento y otros servicios turísticos que no sean accesorios de los anteriores y que "constituyan una parte significativa del viaje combinado" (entrada para el fútbol, o para la Opera, posibilidad de practicar *surf*, enseñanza especializada de idiomas, incluyendo atención familiar adecuada al menor, etc.); 2ª) que sobrepase las 24 horas, incluya o no alojamiento, o que incluya una noche de estancia; 3ª) que la combinación sea vendida u ofrecida en venta a un precio global (aunque se facturen por separado uno o varios de sus elementos); y 4ª) que se cobre un precio (quedan excluidos los viajes gratuitos, como los promocionales o publicitarios)³.

Para que concurra el supuesto de hecho de "viaje combinado" *han de reunirse dos al menos de las tres prestaciones siguientes*: transporte, alojamiento y "otros servicios turísticos no accesorios y que constituyan una parte significativa del viaje combinado". Existen supuestos en que surge la duda de si se incluyen en el concepto legal: por ej., el de alojamiento en apartamentos, en que la Agencia de Viajes podría pretender que se trata de mera intermediación en un contrato de arrendamiento urbano de breve duración, a fin de escapar a la aplicación de la LVC.

En la *estructura contractual del contrato de viaje combinado* intervienen por lo general cuatro tipos de sujetos: 1) el organizador del viaje; 2) el detallista, 3) el consumidor (es consumidor cualquiera que sea la finalidad del viaje: de placer o de negocios), y 4) los diversos prestadores de servicios o de arrendamientos de obra: transportes, alojamientos, etc. La idea esencial es que el organizador del viaje (y, en su ámbito de gestión, el detallista) responde igual que si él mismo tuviera que cumplir tales prestaciones. Esta se ha revelado la solución más "eficiente" para consolidar un mercado de los viajes combinados mundial, en el que España tiene una importante participación⁴.

3.- Las Agencias de Viajes tienen que comprender que no sólo la nueva legislación es más rigurosa, sino que, además, la demanda de su clientela es cada vez más exigente y sofisticada. El viaje combinado vende puntualidad rigurosa (en viajes de recreo y de negocios), servicios turísticos cada vez más especializados (con fines educativos, culturales, deportivos, de aventura) y, sobre todo, muchas veces, *un mundo de ilusiones y fantasías* que, si el viajero ve frustradas, puede tener la tentación de demandar a la Agencia de Viajes ante los Tribunales. La delimitación entre demandas judiciales abusivas y simplemente exigentes pero justificadas es difícil de trazar.

³MARTÍN CASALS, cit., págs. 9408 y ss.

⁴En los siete primeros meses de 1999 España ha tenido 42'2 millones de visitantes (pernoctaciones); hasta mayo inclusive ha tenido un volumen de ingresos de 1,78 billones de pesetas, con un saldo positivo de 1,48 billones y un incremento respecto de igual período del año anterior del 15 % en ambas magnitudes; en julio hubo 9,7 millones de visitantes ("El País", 19 agosto 1999).

La jurisprudencia alemana ha rechazado numerosas demandas abusivas, que constituyen un divertido anecdotario (falta de copas de champán en la habitación; camas separadas, que impidieron a la pareja hacer el amor a gusto, etc.); y en España también hay casos destacables, como el de la señora que sufrió una leve caída en el autocar en viaje por el Benelux y reclamó mucho después los gastos de una operación de tendinitis (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Barcelona de 29 de abril de 1996). No obstante, muchas veces en este campo deben ser satisfechas exigencias sofisticadas, pero no caprichosas o abusivas⁵.

Las Agencias de Viajes, por consiguiente, deben prepararse para unas mayores exigencias competitivas y reconocer la necesidad de especialización en la organización de viajes. Pero, sobre todo, deben estudiar cuales son las responsabilidades en que pueden incurrir, con el fin de adoptar dos tipos de medidas: a) *medidas preventivas internas* (en especial, condiciones generales válidas pero que procuren disminuir en lo posible los supuestos de responsabilidad; utilización adecuada de la documentación en las relaciones con el cliente: por ejemplo, en la formalización de reclamaciones; provisiones contables para riesgos y gastos, ante la aparición de riesgo/país); y b) *medidas asegurativas externas* (seguro de caución, seguro de responsabilidad profesional, información sobre seguro de viajes a los consumidores).

4.- La búsqueda del *sistema de la LVC* obliga a reconocer que la transposición de la Directiva mediante *una Ley especial* en nuestro Derecho de contratos, y no mediante su inserción en el Código de civil (como hizo Alemania) *no ha sido un acierto*. Por otro lado, *coexiste, a veces, con alguna normativa autonómica anterior*. Así ocurre con el Decreto 168/1994 de 30 de mayo, de Cataluña. En cambio, el D. 60/1997 de 7 de mayo de Baleares, modificando el anterior, 43/1995 de 6 de abril, remite expresamente en materia de viaje combinado a la Ley 21/1995; las otras Comunidades Autónomas regulan las Agencias de Viajes y su actividad, con normas administrativas, si bien incluyen la mediación en reserva de plazas. *La existencia de, por lo menos, dos regulaciones internas del viaje combinado plantea problemas sistemáticos y de interpretación*, que aumentan cuando las propias Condiciones Generales de muchas Agencias de Viajes remiten a la normativa autonómica sobre la materia. Pensemos que en un contrato celebrado en Madrid se pacte la aplicación del D. 168/94 de Cataluña.

El párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley afirma que "adopta el rango de ley por cuanto en ella se establecen preceptos que afectan y modulan el perfeccionamiento, eficacia y ejecución del contrato de viaje combinado, lo que implica que *su regulación singularizada incide en los*

⁵El debate sobre esta cuestión en Alemania ha sido recogido en la revista *Neue Juristische Wochenschrift* en dos artículos, del Profesor Ingo von Münch, "Recht in Wohlstand. Oder: Eure Sorgen möchten wir Haben" (NJW 1997, pp. 990-991), y del Magistrado Otto Tempel, "Geringfügige Reisemängel". *Zugleich ein Beitrag zum Mängelbegriff im allgemeinen* (NJW, 1997, pp. 2206-2213).

preceptos contractuales generales que se contienen en el Código Civil y en el de Comercio (sic). En razón de tal incidencia la presente Ley se dicta al amparo de las competencias reconocidas al Estado por el artículo 149, 1, 6ª y 8ª de la Constitución”.

De este texto de la E. de M. de la LVC se desprenden las siguientes conclusiones: a) El contenido de la Ley es el Derecho privado regulador del contrato de viaje combinado; b) el legislador se muestra perplejo sobre si la naturaleza del contrato es civil o mercantil; captado, al parecer, por la “ideología mercantilista” c) el contenido de la Ley corresponde a la competencia legislativa exclusiva del Estado, en materia de “legislación mercantil, y “legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” y, “en todo caso, las reglas relativas a... bases de las obligaciones contractuales...” (art 149.1, normas 6ª y 8ª), reiterando la ambigüedad sobre la calificación mercantil o civil del contrato. Por todo ello, la Disposición derogatoria única deroga todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la Ley, lo que es de aplicación a las disposiciones estatales y autonómicas que regían hasta ahora esta materia, todas ellas de rango reglamentario y que excedían el contenido administrativo (relaciones Agencias de Viajes/Administración) para regular las relaciones “*inter privatos*”, entre las Agencias de Viajes y los consumidores.

Parece que hoy debería reconocerse que el Derecho privado regulador del contrato de viaje está contenido exclusivamente en la LVC y, supletoriamente, en el Código civil, dada la naturaleza civil del contrato. Ni siquiera supletoriamente deberían aplicarse las normas autonómicas sobre las Agencias de Viajes a las cuestiones del régimen del contrato de viaje ya que deberían tener sólo alcance jurídico-administrativo.

Sin embargo, sigue vigente al menos una disposición autonómica de las que se anticiparon a la LVC con el expreso propósito de incorporar la Directiva. El Decreto 168/1994 de 30 de mayo, de la Generalitat de Catalunya, se promulgó con la finalidad de adecuar a la Directiva su anterior Decreto 45/1988 de 13 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de las agencias de viajes, según explica su breve Exposición de Motivos, “de acuerdo con las competencias que en materia turística tiene otorgadas la Generalitat de Catalunya”.

Este Decreto incorpora la regulación completa del régimen del contrato de viaje combinado, por lo que pretende ser Derecho de contratos. De su artículo 26 podría deducirse su naturaleza puramente administrativa, puesto que sólo prevé sanciones administrativas para las “infracciones (administrativas) que se cometan contra lo determinado en este Reglamento”, ello “sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan”. Pero la norma no desvirtúa la inserción de la regulación contractual contenida en el Decreto en el marco general del Derecho civil.

Por consiguiente, *la conclusión más prudente es que el Decreto catalán debe ser aplicado en tanto los Tribunales y, en última instancia, el Tribunal Constitucional no declaren que es nulo por invadir la competencia legislativa exclusiva del Estado.*

5.- Los demás Decretos de los Gobiernos autonómicos posteriores a la LVC ya hacen remisión a ésta en materia de viaje combinado, *pero siguen planteando el mismo problema al regular el régimen de la contratación de los servicios sueltos por las Agencias de viajes* (así, Decretos 99/1996 de 27 de junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, y 20/1997, de 11 de febrero, de la Generalitat Valenciana). Como es una materia en la que la legislación estatal carece de regulación especial, deberían aplicarse, en otro caso, las normas generales sobre los contratos de mandato o comisión; *pero estos Decretos remiten al régimen más protector del consumidor contenido en la LVC, extendiendo así el campo de aplicación de ésta*⁶.

6.- La misma LVC también incurre en una importante contradicción normativa. Su artículo 2 define al "organizador" como "la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un detallista, y al "detallista" como "la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador". De acuerdo con esta definición, y según la necesaria interpretación favorable al consumidor (consolidada en la doctrina alemana y recogida en la Ley inglesa: section 2(1): "person"), *pueden ser organizadores cualesquiera personas físicas o jurídicas, aunque no sean Agencias de Viajes, como asociaciones deportivas, de la tercera edad, colegios profesionales, colegios públicos y otros centros de enseñanza, etc.*, con tal de que se cumplan los requisitos de la definición del viaje combinado, entre ellos el de percepción de un precio. Esta interpretación es además la más conforme con la Directiva.

Pero la Disposición adicional segunda de la LVC establece que "a los efectos de lo previsto en la presente Ley, el organizador y el detallista *deberán tener la consideración de Agencia de Viajes de acuerdo con la normativa administrativa que se dicte al efecto*". Dicha normativa es la ya preexistente en las Comunidades Autónomas: mientras el Decreto 168/1994 de la Generalitat Catalana exige que la Agencia de Viajes adopte la forma de "Sociedad mercantil, Anónima o Limitada" y que obtenga el título-licencia administrativa, el art. 1.1. del Decreto 20/1997, de 11 de febrero, de la Generalitat Valenciana, permite que sean Agencias de Viajes las *personas físicas* y (cualesquiera) jurídicas.

⁶Existe una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que afirma que las Comunidades Autónomas carecen de competencia en materia de legislación mercantil y Derecho privado general, tales como condiciones generales, deber de información, obligación de estipular un seguro de responsabilidad civil. La STC de 16 de noviembre de 1981 (BOE del 28) sobre la Ley del Parlamento Vasco 3/1981 de 12 de febrero de 1981, sobre Centros de Contratación de Cargas de Transporte Terrestre de Mercancías la declaró inconstitucional tanto por imponer la obligación de contratar conjuntamente el transporte y de contratar un seguro de responsabilidad civil de transportista, por invadir la legislación mercantil y por restringir la libertad de empresa (a pesar de que en este segundo punto mereció tres votos discordantes). La Sentencia 71/1982 de 30 de noviembre de 1982, recaída sobre la Ley del Parlamento Vasco sobre Estatuto del Consumidor, hasta las sentencias recaídas sobre las Leyes autonómicas de ordenación comercial, empezando por la muy importante de 1 de julio de 1986, sobre la denominada "Ley de rebajas" catalana (en la que la propia Generalitat de Catalunya argumentó que el contenido de la Ley eran normas administrativas) y, entre las más recientes, sobre el mismo tema, cabe resaltar la STC 264/1993 de 22 de julio, sobre la Ley 9/1989 de 5 de octubre de las Cortes de Aragón, de ordenación de la actividad comercial en Aragón.

La Disposición adicional segunda de la LVC plantea la duda de si con ella se eleva de rango la norma administrativa que establecería una limitación a la libertad de empresa en el ámbito de la organización y distribución de viajes organizados y una restricción al ámbito de aplicación de la Directiva sobre viajes combinados⁷.

7.- *La legislación mediante leyes especiales, como vemos, es mala técnica legislativa, se deja muchos flecos e introduce puntos oscuros.* Lo mismo ha ocurrido con otras Leyes especiales recientes (por ej., la Ley 12/1992 de contrato de agencia). El legislador alemán, por el contrario, ha insertado la Directiva sobre contrato de agencia en la preexistente regulación de los agentes en el Código de comercio y la Directiva sobre viajes combinados en el Código civil, a continuación del régimen general del contrato de arrendamiento de obra. En efecto, el “contrato de viaje” desde la Ley de 4 de mayo de 1979, en vigor desde el 1 de octubre de 1979, aparece regulado como un contrato similar al de arrendamiento de obra, con el fin de dar una mayor protección al consumidor del viaje⁸.

Este emplazamiento sistemático en el Código civil alemán *supone dos opciones en la calificación de la naturaleza jurídica del contrato*, como contrato de arrendamiento de obra o de resultado, y como contrato civil, lo que contribuye mucho a aclarar las cosas. La calificación de la organización o “combinación” del viaje combinado como obra intelectual –como el “proyecto” en el contrato de “engineering”– explica que en el Código civil alemán la responsabilidad recaiga exclusivamente sobre

⁷MARTÍN CASALS concluye que “la contradicción se resuelve, por regla general, considerando que sólo éstas –las Agencias de Viajes, en forma de SA o SL– pueden ser organizadores o detallistas”. Creemos que la solución debe ser la contraria, en interpretación de conformidad con la Directiva y con el derecho constitucional de libertad de empresa. Que asiste a todo ciudadano, y que sólo puede ser limitado por ley formal, que limite su contenido esencial (art. 53.1 CE). La STC de 3 de octubre de 1995, “Proinmosan, S.L.” (R. 6982) reconoció el derecho a cualquier persona para constituir una sociedad que se dedique a la intermediación en el mercado inmobiliario, declarando que “las limitaciones de origen reglamentario y preconstitucional en perjuicio de algunas formas de sociedad entran en pugna con la libertad de empresa reconocida ...por el artículo 38 de la Constitución” (F.D.Tercero). Por ello, la limitación administrativa al ejercicio de la libertad de empresa en el campo de la organización de viajes combinados parece que debería figurar en una norma de rango legal, como exige el artículo 53 de la Constitución. Es dudoso que la remisión de la Disposición adicional segunda de la Ley cumpla esta exigencia. Pero, en todo caso, la Ley 21/95 debe interpretarse de conformidad con la Directiva y, por tanto, en el sentido de que organizador de viaje combinado puede serlo una persona física o jurídica que no tenga el título-licencia administrativo de Agencia de Viajes, con el fin de dar protección al consumidor en supuestos en que falta este requisito puramente administrativo que, en todo caso, sólo debe conllevar la aplicación de sanciones administrativas al organizador del viaje, pero no la nulidad del contrato ni la elusión de la normativa imperativa sobre viaje combinado que protege al consumidor.

⁸Ver, por todos, para una exposición sintética, FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9ª ed., 1997, p. 571, nº 907 y ss., y MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1995, pp. 551-552; y para una exposición extensa y profunda, TONNER, en Harm Peter WESTERMANN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, 3. Auflage, C.H.Beck., München 1997, págs. 1417 a 1620, comentario a los §§ 651-a hasta 651-l del BGB), y Ernst FÜHRICH, *Reiserecht. Handbuch des Reisevertrags-, Reisesicherungs- und Individualreiserechts*, 3ª ed., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1998.

el organizador del viaje, y no sobre el detallista, que se limita a distribuirlo. La calificación como contrato civil ahorra también dudas a la doctrina (del mismo modo que ocurre, alternativamente, con la inserción de la regulación del contrato de agencia en el Código de comercio alemán)⁹.

Creemos que en Derecho español, a falta de pronunciamiento expreso del legislador en la LVC, debemos llegar a las mismas conclusiones. El contrato de viaje organizado debe ser calificado como *contrato de arrendamiento de obra por empresa* (arts. 1588 a 1600, en especial 1589 y 1590) y como *contrato civil*.

7.- La calificación del viaje combinado como arrendamiento de obra había sido ya anticipada por nuestros Tribunales: así, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de diciembre de 1993 (Actualidad Civil, 623), viaje a Egipto hospedándose en hotel y haciendo el cruce por el Nilo en motonave distintos a los pactados; y de Barcelona de 25 de julio de 1994, retraso de varias horas en la salida del vuelo charter en un viaje combinado para pasar el fin de año en Marrakech (RAJ 1458)¹⁰.

8.- *El carácter imperativo de la LVC va más allá que la Directiva* (del mismo modo que ocurre con la Ley 12/92 de contrato de agencia, respecto de su correspondiente Directiva, en la que sólo eran imperativas las normas sobre indemnización del agente). *Este factor eleva el listón de protección del consumidor y aumenta el riesgo de responsabilidad civil asumido por la Agencia de Viajes y, consiguientemente, el valor del interés asegurable.*

Así, en primer lugar, el artículo 3º de la Ley impone al detallista y, en su caso, al organizador del viaje, la *obligación de poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado* y que deberá incluir una *clara y precisa información sobre los extremos que enumera dicho artículo, más numerosos que los enumerados en el artículo 3 de la Directiva*. El programa o folleto informativo, como se desprende del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva, es facultativo ("Si se pone a disposición del consumidor un folleto..."), mientras que no lo es su contenido, pero en el caso de que se decida difundir el folleto.

⁹Sobre estas observaciones de tipo sistemático, de ciencia de la legislación, remito a VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 12ª ed., 1999, Lecciones 1 y 15, y "La unificación del Derecho de obligaciones, en *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, núm. 2, 1999, págs. 21 a 52, en especial, 48 a 50.

¹⁰En Derecho alemán la jurisprudencia ha declarado la nulidad de la "cláusula de intermediación", con la cual las Agencias de Viajes pretendían exonerarse de responsabilidad por el resultado del viaje (sentencias del Tribunal Federal de 1974 y 1985, ver FÜRICH, *Reiserecht*, cit., pág.109, Rn. 113). Dicha cláusula es igualmente nula en Derecho español (como observa MARTIN CASALS, ob. cit.).

Además, cuando el apartado 3 del mismo artículo de la Directiva dispone que “la información contenida en el folleto será vinculante para el organizador o el detallista”, salvo en los supuestos que contempla, no se pronuncia terminantemente en el sentido de que el folleto constituya un “programa-oferta” como lo califica el apartado 2 del artículo 3 de la Ley española. Sin embargo, *la interpretación más razonable es que la LVC no ha querido convertir el folleto en una oferta pública dirigida a todos*, en sentido técnico, que vincularía al organizador y detallista ante cada aceptación de los interesados; sino que se trata de una “*invitatio ad offerendum*”. De modo que *la oferta del contrato la hace cada uno de los clientes y la perfección o formación del contrato se produce con la “confirmación de la reserva”, comprensiva de todo el viaje, que realiza la Agencia*¹¹.

9.- Otro punto en el que la Ley española va más allá de la Directiva es en el artículo 12, al imponer *la obligación de una fianza como “garantía de la responsabilidad contractual”, aunque el organizador y detallista no incurran en insolvencia o quiebra* (únicos supuestos en que la exige la Directiva). El punto es de la mayor trascendencia a los efectos de la presente ponencia.

La Directiva en su artículo 7 dispone: “El organizador y/o el detallista que sean parte en el contrato facilitarán pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor”. El artículo 8, a continuación, declara: “Los Estados miembros podrán adoptar, o mantener (si preexistían) disposiciones más estrictas en el ámbito regulado por la presente Directiva, a fin de proteger al consumidor”. Por tanto, en la obligación de fianza y en cualquier otra la Ley española podía aumentar el rigor de las obligaciones impuestas por la Directiva a detallistas y organizadores de viajes.

Pero el artículo 12 de la LVC se titula “*Garantía de la responsabilidad contractual*” (es decir, no de la “*solvencia*”) y en su párrafo primero dispone:

“Los organizadores y detallistas de viajes combinados tendrán la obligación de constituir y mantener en permanente vigencia *una fianza*, en los términos que determine la Administración turística competente, para responder del *cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado y, especialmente, del reembolso de los fondos depositados y el resarcimiento por los gastos de repatriación en el supuesto de insolvencia o quiebra*”.

¹¹En el mismo sentido, en la doctrina alemana, FÜRICH, E., *Reisevertragsrecht*, 3ª ed., C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, pág.93, Rn. 90, sin perjuicio de reconocer al prospecto función interpretativa del contrato. Entendemos por ello que el folleto de la Agencia de Viajes tiene naturaleza distinta al Folleto de una Oferta Pública de Suscripción o de Venta de Valores, al que la doctrina atribuye naturaleza contractual (aunque parte de su contenido, el Capítulo VII relativo a estimaciones de futuro) sólo pueda originar responsabilidad extracontractual por falta de diligencia (remito a VICENT/SALINAS, “Derecho de sociedades y Mercado de Valores”, en *La Ley*, 23 de abril de 1999, y último capítulo de KIRCHNER/SALINAS, “La reforma de la Ley del Mercado de Valores”, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas/Tirant lo Blanch, Valencia, 1999).

La Exposición de Motivos en su último párrafo dice: "Finalmente, el cuadro de formulaciones protectoras que contiene la Ley se cierra con el diseño de un sistema de afianzamiento para responder por el incumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente por parte de los organizadores y detallistas de viajes combinados y con la declaración de que el citado incumplimiento podrá ser sancionado de conformidad con la legislación vigente, sin perjuicio de las restantes responsabilidades en que aquellos puedan incurrir".

La interpretación literal y sistemática del artículo 12 de nuestra Ley presenta la obligación de fianza como medio para garantizar todo incumplimiento contractual y no sólo el que se produzca cuando el detallista y organizador demandados resulten ser insolventes.

10.- En efecto, el art. 12 LVC parece incluir dos supuestos claramente distintos: A) En primer lugar, "para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado": obsérvese que dice "responder del cumplimiento", lo que significa que el consumidor demandante (o su entidad aseguradora) no tendrá que demostrar el "incumplimiento" sino simplemente *la falta de cumplimiento* (aunque del mismo el detallista u organizador no debieran responder), que es la característica principal de un seguro de caución o de un aval a primera demanda o garantía independiente con la necesaria lectura correctora del término "incumplimiento" del art. 68 LCS 50/1980.

B) En segundo lugar, el artículo 12 de la LVC *añade, con la expresión "especialmente", aquello que exige mínimamente la Directiva: "especialmente, del reembolso de los fondos depositados y el resarcimiento por los gastos de repatriación en el supuesto de insolvencia o quiebra"*. El artículo aquí se limita a transcribir el texto del artículo 7 de la Directiva, conservando incluso su traducción oficial ("en caso de insolvencia o quiebra": debería añadirse "o concurso", si se admite que organizador del viaje pueda serlo una persona que no sea Agencia de Viajes, como hemos sugerido antes).

En el primer supuesto el riesgo garantizado por la fianza, caso de instrumentarse mediante un seguro, convierte a éste en un *seguro de caución*; en cambio, el segundo supuesto remite a la cobertura propia de un *seguro de insolvencia*.

11.- A los efectos del régimen de responsabilidad del organizador y del detallista tiene especial relieve que el artículo 4, apartado 3º de la Ley establezca que las cláusulas relativas a la descripción del viaje, su precio y todas las demás condiciones aplicables al contrato *sean veraces en el sentido del art. 10 de la LGCU*. Lo que debemos poner en relación con el artículo 3º LVC que, en el contenido de menciones obligatorias del programa o folleto, *añade, a las exigidas por la Directiva, las señaladas con la letra h): "cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones de viajes"*, y en la letra f): aspectos importantes del régimen del precio.

II. RESPONSABILIDADES DEL ORGANIZADOR Y DEL DETALLISTA DEL VIAJE COMBINADO

A) Los grupos de casos en la jurisprudencia anterior a la Ley

1.- En la responsabilidad del organizador y del detallista vuelve a ser importante la calificación del contrato de viaje combinado estipulado por aquellos con el consumidor. Analizando la jurisprudencia anterior con la técnica de *grupos de casos* podemos hacer una tipificación de los supuestos de responsabilidad que mostraba la práctica, atendiendo a la forma de actuar de la Agencia de Viajes, a saber: a) Responsabilidad contractual del detallista como simple mediador o mandatario; b) Responsabilidad contractual del organizador del viaje, propia del arrendamiento de obra o por empresa; c) Responsabilidad contractual como comisionista de transporte o como organizador aparente del transporte o del viaje combinado; y d) Responsabilidad extracontractual por acción u omisión culpable que causa daños y perjuicios.

2.- A) En principio, quien estipulaba un contrato como organizador del viaje combinado respondía del feliz cumplimiento del mismo. Así, en el caso enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 6 de septiembre de 1995, *Viaje a China*, ponente D. Francisco Rubio Sánchez (RAJ 1727), era la Agencia de viajes organizadora del viaje la que contrató directamente con los clientes, por lo que fue condenada al pago de 750.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios por no haber acompañado a los clientes un guía que hablara español, inconveniente que pondera la sentencia de manera quizás innecesaria aludiendo a la dificultad de comprender el chino.

Otras Sentencias de interés, en tal sentido: a) antes de la Ley 21/95: La SAP Barcelona Sección 15ª de 26 febrero 1993 se ocupó de un caso de cancelación de viaje a la India contratado por un grupo de amigos: aunque ofreció un viaje alternativo a distintos destinos, que la mayor parte de ellos aceptó y realizó de forma individual, la agencia fue condenada a pagar 330.000 ptas. a cada viajero. La SAP Pontevedra Civil, de 16 diciembre 1993 condenó a "El Corte Inglés" a una reducción de 30.000 ptas. por no haber prestado un servicio de conducción con guía del aeropuerto al hotel y viceversa en un viaje a Amsterdam, que obligó al cliente a tomar un taxi, por el daño material y el moral, "el quebranto personal, la contrariedad que supone la situación" para la cliente y su marido que "se encuentran en país extranjero". b) Después de la LVC: La SAP Lleida (Sala Civil, Sección 2ª) de 12 marzo 1998, *pareja en luna de miel de viaje a las Islas Maldivas*, que fue alojada en hotel de calidad inferior a la que constaba en el catálogo -aunque al cabo de unos días la Agencia logró trasladarlos a otro hotel de otra isla-, por "el daño moral y la pérdida de unas vacaciones que difícilmente pueden repetirse", y que "no es lo mismo que hacer un viaje de negocios...".

3. B) Igualmente, el simple mediador, como simple mandatario o comisionista, que contrataba en nombre del organizador del viaje, no debía responder del mismo. Es principio básico de la representación voluntaria, recogido en los artículos 1725 y 1728 del Código civil y 245 a 247 y, en especial, el 287, del Código de comercio.

Así lo reconocía en relación con una Agencia de Viajes la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 26 de febrero de 1993, ponente, D. Javier Béjar García: “entre las dos clases de agencias de viajes,...VCT., S.A., mayorista, y VM, SA., minorista, se perfeccionan propios contratos de agencia, mediante los que la minorista...se obliga a promover y, en su caso, estipular contratos en nombre y por cuenta de la mayorista... por lo que en punto a responsabilidad, dada su condición de mandataria representativa, con “contemplatio domini” expresa, queda exenta de responsabilidad frente a la persona con quien contrata, en los términos del artículo 1725 del Código civil...”.

Este supuesto de contratación de la Agencia de Viajes quedaría, pues, equiparado al de venta de servicios sueltos, (que contempla la SAP de Vizcaya de 19 de marzo de 1996, Sección 1ª, ponente Dª María de las Mercedes Oliver Albuerno (RAJ 542).

Sin embargo, este supuesto desaparece con la transposición de la Directiva y la calificación en todo caso del contrato estipulado por la Agencia de Viajes detallista como contrato de arrendamiento de obra.

4.- C) No obstante, al igual que ha ocurrido con el denominado tradicionalmente “comisionista de transporte” de cosas (y ahora “Agencia de Transportes”), la doctrina y jurisprudencia, cuando la Agencia de Viajes contrata el viaje en nombre propio, habían abandonado la calificación jurídica de intermediario (o comisionista propiamente dicho) y habían adoptado la calificación de *comisionista que contrata en nombre propio (representación indirecta)* y, finalmente, la *calificación de arrendamiento de obra por empresa*.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 2 de marzo de 1993, Sección 1ª, ponente, D. Juan Saavedra Ruiz (RAJ 344) declaraba: “No cabe duda que en todo caso se trataría de un supuesto de representación indirecta, siéndole aplicables los arts. 245, 246 y 247 del Código de comercio, atinentes al comisionista que contrata en nombre propio y que por ello quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, quedando siempre a salvo las acciones que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí. En igual sentido el artículo 1725 del Código civil... De la documentación aportada...no se desprende... mención directa o indubitada de que estuviese actuando en nombre de su comitente. En cualquier caso se trata de un supuesto de representación aparente (sic) de tal entidad, que implica la asunción como propios de los actos referidos”. En el mismo sentido, la SAP de Barcelona de 14 de julio de 1994 (*Estudios sobre Consumo*, núm. 33, 1995, págs. 130-131) declara que “...aun siendo cierto que la entidad demandada es minorista (agencia de viajes) y que no pone a disposición de sus clientes directamente los servicios ofertados por las empresas mayoristas... también es lo cierto que desde el punto de vista jurídico el usuario por lo general con quien contrata es con la empresa minorista la cual, generalmente sin ostentar el carácter de mero representante o apoderado de la mayoris-

ta, cobra el importe de los servicios prestados y garantiza el buen fin de los que oferta; y esta relación no es sino la propia de la que se establece en virtud del contrato de comisión mercantil en la versión del artículo 246 del Código de Comercio... pues de la documental obrante en autos y en concreto de la factura que consta librada a los actores y programa de actividades *queda claro que Viajes A. contrató por cuenta propia con los actores el paquete turístico "Safari y Relax" (al territorio de Kenia) sin mencionar en modo alguno que la gestión o prestación efectiva de tales servicios iban a ser de la exclusiva responsabilidad de otros profesionales y en todo caso sin el concurso de los mismos, en la contratación, para quedar contractualmente vinculados con los hoy actores...*"

5.- Este cuarto grupo de casos presentaba evidente paralelismo con el régimen del denominado "comisionista de transportes" recogido ya en el artículo 379 del Código de comercio en 1885. En el caso del comisionista de transportes, la doctrina afirma que *en realidad las Agencias de Transportes son transportistas (el transporte es un supuesto concreto de arrendamiento de obra)*, que prometen el resultado del transporte, tanto si lo efectúan con sus propios medios de transporte como si lo hacen acudiendo a los servicios de otros transportistas. Es decir, dando la razón al legislador en el art. 379 Cdeco., cuando establece:

"Las disposiciones contenidas desde el art. 349 en adelante, se entenderán del mismo modo con los que, aun cuando no hicieren por sí mismos el transporte de los efectos de comercio, contrataren hacerlo por medio de otros, ya sea como asentistas de una operación particular y determinada, o ya como comisionistas de transportes y conducciones.

En cualquiera de ambos casos quedarán subrogados en el lugar de los mismos porteadores, así en cuanto a las obligaciones y responsabilidades de éstos como respecto a su derecho".

Así pues, quien como comisionista de transportes ha prometido el resultado del transporte, responde como transportista y tiene los derechos y obligaciones de transportista frente al cargador. Lo que se extiende al supuesto de que un transportista o agencia de transporte confíe la ejecución del transporte que ha contratado a otro transportista: frente a éste el primero es un cargador y no un comitente¹².

¹²La STS de 7 junio 1991, caso *Strafer, S.A.*, después de analizar las diversas relaciones jurídicas que pueden nacer entre el primer transportista y los que le suceden en la ejecución del transporte, declara que en el caso enjuiciado, la relación entre Tradisa, Agencia de Transporte que contrató con la fábrica de automóviles Citroën el transporte de sus automóviles, y Strafer, la que ejecutó efectivamente el transporte, *era un contrato de transporte y no de comisión* (o encargo de Strafer a Tradisa para que le buscara cargas). Por tanto, el plazo de prescripción de la acción de Strafer contra Tradisa para el cobro de su prestación es de seis meses (art. 951 Cdeco.) y no el de 15 años del mandato o comisión (art. 1964 Cc.). La STS excluye la calificación de agente comisionista (que dio la STS de 31 diciembre 1985) y de comisionista de transportes (STS de 11 octubre 1986). La sentencia fue censurada por algún sector doctrinal por entender que la relación entre los dos transportistas era de comisión, pero creemos que era correcta y congruente con la voluntad del legislador de someter todas las relaciones entre transportistas al régimen del contrato de transporte, acortando el plazo de prescripción de las acciones, de quince años a seis meses (ver arts. 379 Cdeco. y 119 LOTT). Ver mi *Introducción al Derecho mercantil*, 12ª ed. 1999, págs. 730 y 742.

6.- Con notable paralelismo respecto de la figura del comisionista de transportes, la doctrina anterior a la Ley 21/95 también defendió la calificación de arrendamiento de obra o por empresa, con obligación de resultado, aplicable a la Agencia Viajes, en lugar de la calificación como mediador, mandatario o comisionista. De este modo, la Agencia de Viajes no respondía sólo cuando incurría en negligencia propia, en la elección o en la supervisión de la actuación del transportista, hotelero u otros prestadores de servicios integrados en el contrato de viaje combinado, sino que *respondía siempre, aun en el caso de que el incumplimiento se debiera exclusivamente a culpa o dolo de estos*¹³.

B) Responsabilidad de organizador y detallista en la Directiva

1.- La Directiva no ha afrontado la regulación de la responsabilidad del organizador y detallista del viaje combinado con criterios dogmáticos claros. El art. 5 de la Directiva se inclina en principio por la calificación como contrato de arrendamiento de obra, consagrando el principio de responsabilidad objetiva del organizador y del detallista por los daños producidos al consumidor a causa del incumplimiento total o parcial del contrato. Sin embargo, el art. 4, apartado 6, exige a éstos poner "la diligencia necesaria". No ha faltado quien interpretara, pues, que se trata de una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que el organizador/detallista será responsable a menos que pruebe que puso toda la diligencia necesaria¹⁴.

2.- Pero esta interpretación no es admisible. La citamos sólo para rebatirla. La Directiva 90/314 sobre viajes combinados dio *tres opciones* a los Estados miembros, mediante la fórmula de "al organizador y/o al detallista": a) o atribuir toda la responsabilidad, exclusivamente, bien al organizador o bien al detallista; b) o atribuir la responsabilidad a ambos, dejando al consumidor la elección de a quién demandar; c) o *distribuir la responsabilidad entre los dos sujetos, definiendo los criterios o cau-*

¹³En este sentido, QUINTANA CARLO, "La adaptación del Derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados", *Estudios sobre Consumo*, núm. 221, 1991, págs. 43-67, en especial, págs. 54-55.; CAVANILLAS MUGICA, en "Turismo y defensa del consumidor", Palma de Mallorca, 1991, p. 70; AURIOLLES MARTIN, A., "La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viajes", RDM, núm. 206, 1992, págs. 819-862, págs. 845 y ss.). Con ello se superaban las limitaciones que podían oponer a esta interpretación tanto la regulación puramente administrativa de la Orden de 14 de abril de 1988 como el texto de las condiciones generales que definían a la Agencia de Viajes como intermediario. También el TS, Sala 3ª, acogió esta interpretación, rechazando la tesis de que si el hotel prestó un servicio distinto al contratado sólo el hotel debía responder (STS 3ª de 22 diciembre 1983, R. 6407) y que si la Agencia subcontrató, su responsabilidad frente al viajero subsiste, ya que éste carece de acción contra el tercero subcontratista (STS. 3ª de 7 octubre 1988, R. 7932).

¹⁴MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Notas a la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados", RDP 1996, págs. 464-479, en especial, pág. 476. La Directiva 90/314 vendría a ser, así interpretada, una anticipación de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad del prestador de servicios, la cual, después de una primera redacción que establecía el principio de responsabilidad objetiva, pasó a acoger un sistema de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba (COM (90) 482 final, DOCE C 12 de 18 enero 1991), separándose así definitivamente de la responsabilidad objetiva por riesgo de la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

sas de imputación de la respectiva responsabilidad. El BGB alemán, en sus arts. 651-a, hasta 651-l, viene a representar la primera opción, al hacer responder casi exclusivamente al organizador del viaje combinado (*"Reiseveranstalter"*: cfr. Art. 651-a (1) BGB), de forma parecida al esquema de la Directiva de 1985 sobre responsabilidad por defectos de los productos, en que es el productor o fabricante que pone en circulación el producto el único responsable, salvo excepciones (importador, fabricante aparente, o distribuidor que no revela el nombre del fabricante en productos vendidos a granel).

3.- El art. 11 de la LVC sigue la tercera opción. *A diferencia del Proyecto de Ley, el texto legal definitivo nacido de una enmienda transaccional en el Senado, suprime la responsabilidad solidaria entre organizador o mayorista y detallista; y la establece cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, sólo entre organizadores y entre detallistas, "cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos".*

Los Tribunales así lo han interpretado. La SAP Alava (Sala Civil, Secc. 2ª) de 1 abril 1998 (AC 1998/561), concede la apelación presentada por la detallista *"Viajes Irache"*, declarando que el consumidor debería haber demandado sólo a la agencia organizadora, *"Viajes Iberojet"*, porque "el detallista sólo debe responder de su labor de intermediación entre la organización y el consumidor".

4.- En los restantes casos responderán del correcto cumplimiento *"en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje"*. La aplicación de este principio conduce a una consecuencia evidente, que es la de *que la Ley española se halla muy próxima en la práctica al BGB alemán, y coincide con el sistema de responsabilidad establecido por el artículo 22, apartados 1 y 2, del Decreto 168/1994 de la Generalitat de Cataluña.* Cuestión distinta es que la Ley después no sea totalmente consecuente, ya que en su artículo 9-2 hace responder al organizador "y" al detallista en supuestos en que partiendo del principio general sólo debería responder el primero (quizás por no haber interpretado correctamente la repetitiva fórmula de la Directiva "organizador y/o detallista", que respondía precisamente al sistema de triple opción ofrecido por la Directiva).

5.- Pero, dentro de este sistema de distribución de las responsabilidades entre organizador y detallista, también existen dos alternativas, implícitas en las opciones concedidas por la Directiva a los Estados miembros: 1ª) Responsabilidad *in solidum*, que se da cuando varios sujetos responden solidariamente, aunque con fundamento en distintos criterios de imputación, salvo que prueben que el daño ocasionado no es de su incumbencia (sería el supuesto de responsabilidad de los administradores de una sociedad de capitales). 2ª) Distribución de responsabilidad entre los dos sujetos de manera *parciaria o mancomunada*. El art. 11 LVC sigue esta segunda solución al establecer que "los organizadores y detallistas responderán en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado".

Esto significa que: a) los organizadores responderán solidariamente entre sí frente al consumidor, e internamente ejercerán acciones de reembolso; y b) los detallistas, si son varios, responderán soli-

dariamente entre sí frente al consumidor, y tendrán acciones de reembolso entre ellos y, en su caso, frente al organizador u organizadores del viaje. Pero nunca se podrá exigir responsabilidad solidaria a organizadores y detallistas por aspectos del viaje combinado que atañen exclusivamente a la organización de éste¹⁵. Incluso en el supuesto de que ambos hayan incumplido: por ejemplo, el deber de informarse y de informar al cliente sobre posibles peligros en la zona del viaje (así, SAP. Valencia de 26 de marzo de 1999, RGD 1999, págs. 13.809 y ss., donde no se condena solidariamente, al parecer).

Por supuesto, además, en todas estas soluciones el organizador o detallista que ha tenido que indemnizar tiene acción de reembolso frente al transportista, hotelero o prestador de otros servicios que han determinado el incumplimiento del contrato de viaje combinado.

6.- *La opción que acoge la Ley –como se ha observado- es la menos favorable para el consumidor. En cambio –podemos anticipar- puede que sea la más racional y, con ello, además, la más favorable para facilitar la asegurabilidad de los riesgos.* En efecto, hubiera sido más favorable la responsabilidad absolutamente solidaria frente al consumidor –sin perjuicio de acciones internas de reembolso entre organizador y detallista- (solución b); o, también, la responsabilidad “*in solidum*”, que impone responsabilidad solidaria, pero admite la prueba de un demandado, sea del organizador o sea del detallista, de que no es él quien debe responder (solución c), en la primera variante).

7.- En cambio, es gravoso para el consumidor tener que reclamar a cada uno de los dos, organizador y detallista, la parte proporcional a su tanto de culpa o responsabilidad, en especial cuando es difícil determinar dicha proporción¹⁶.

8.- En la aplicación del régimen de responsabilidad del art. 11 LVC puede ocurrir: a) Que el organizador haya “vendido” directamente el viaje combinado al consumidor: será el único que podrá ser demandado. b) Que concurren un organizador y un detallista, con quien ha contratado directamente el consumidor.

En el segundo caso, a su vez, debemos distinguir dos hipótesis:

1ª) El consumidor sabe con absoluta certeza que sólo el organizador o el detallista ha incumplido sus obligaciones; o bien, habiendo incumplido los dos, sabe en qué proporción ha incumplido cada uno de ellos (por ejemplo, respecto de la obligación de informar sobre recientes acontecimientos en el territorio donde va a desarrollarse el viaje).

2ª) El consumidor no sabe si debe responder el organizador o el detallista del incumplimiento.

¹⁵MARTÍN CASALS, “La responsabilidad civil...” cit., págs. 9419 y ss.

¹⁶En este sentido, Nélida TUR FAÚNDEZ, “El contrato de viaje combinado: notas sobre la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados”, AC, 1996-I, págs. 209-231, en concreto, pág. 229, que hubiera preferido la responsabilidad “*in solidum*”, propia de los administradores sociales; o propia también de varios comisionistas que aceptan un mismo encargo; y que ve en esta norma, en relación con el art. 27 LGCU de 1984, un “retroceso”, que no es imputable a la Directiva, sino a la elección que hace la Ley española.

En esta segunda hipótesis, el consumidor tiene dos posibilidades: 1) que deba demandar conjuntamente a ambos si se considera que la responsabilidad entre ellos es mancomunada o conjunta (pues, de lo contrario, el demandado podría oponer excepción de litisconsorcio pasivo necesario); 2) si se entiende que la Ley establece una responsabilidad parciaria, el consumidor podrá demandar por separado a organizador y detallista su correspondiente responsabilidad, aunque le convendrá demandar a los dos conjuntamente con el fin de obtener la total indemnización en un mismo procedimiento, en el que el Juez condenará a organizador y detallista en la parte que corresponda a cada uno.

9.- Existen *cuatro causas de exoneración de responsabilidad* (art. 11.2 LVC), sin perjuicio de que en las tres últimas organizador y detallista están obligados a *prestar asistencia* al consumidor.

- a La primera causa de exoneración es *que los defectos observados en la ejecución se deban a culpa exclusiva del consumidor*: es la causa de exclusión de responsabilidad que rige incluso en los supuestos de responsabilidad objetiva absoluta: culpa exclusiva de la víctima (responsabilidad por accidente aéreo) y de responsabilidad por riesgo (por circulación de automóvil, por defecto de producto). Por ejemplo, el viajero ha sido lesionado por una vaquilla en una capea incluida en el viaje, habiéndole advertido la Agencia que si participaba en la capea lo hacía exclusivamente bajo su responsabilidad.
- b La segunda causa de exoneración es que los defectos en el cumplimiento del contrato sean imputables a un tercero y revistan un carácter imprevisible o insuperable.
- c La tercera causa de exoneración es que los defectos en el cumplimiento se deban a fuerza mayor: circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de actuar con la diligencia exigible.
- d La cuarta causa de exoneración es que los defectos en el cumplimiento se deban a un acontecimiento que el detallista, o en su caso el organizador, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podían prever ni superar.

10.- El *plazo de prescripción* de la acción del cliente contra el organizador o detallista es de *dos años* (en lugar de un año, que preveía el Proyecto de Ley), a mitad de camino entre el plazo de la acción de responsabilidad extracontractual (un año, pero desde que se pudo ejercitar: desde que se conoció: 1668 y 1669 Cc.) y de los plazos de las acciones contractuales por incumplimiento de los contratos de ejecución del viaje combinado (arts. 1964, 1966 y 1967: 15, 5 y 3 años). Coincide con el plazo de prescripción de la acción del seguro contra daños o de intereses.

11.- El plazo de prescripción de la acción de reembolso del organizador o detallista contra el transportista, hotelero y prestadores de otros servicios no será el mismo (como en el caso del comisionista de transportes: siempre seis meses) sino el que corresponda a cada uno de los contratos de ejecución estipulados (transporte: acción del transportista al cobro del pasaje: seis meses: art. 951-2 Cdeco.: desde que llegó a su destino o debió pagarlo; alojamiento: tres años: art. 1967-4º).

12.- La indemnización de los daños derivados del incumplimiento quedará limitada de acuerdo con los Convenios internacionales aplicables a cada prestación: el Convenio de Varsovia de 1929 sobre transporte aéreo internacional; el de Berna de 1961 sobre transporte por ferrocarril; el de Atenas de 1974 sobre transporte de pasajeros por mar; y el de París de 1962 sobre responsabilidad de los hoteleros.

13.- El daño comprende los daños corporales y no corporales, no en el sentido de daños a las personas y a cosas, sino en el sentido de "materiales" y "no materiales"; pudiendo establecerse limitaciones respecto de los segundos (art. 5.2 in fine de la Directiva).

14.- Por último, tanto el organizador del viaje como el detallista responderán por culpa extracontractual si concurren los requisitos del artículo 1902 del Código civil: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"¹⁷.

Esta clase de responsabilidad no viene regulada por la LVC, que se ocupa sólo de responsabilidad contractual frente al consumidor, pero es exigible al organizador y al detallista, como a cualquier persona, en virtud del principio "alterum non laedere": art. 1902 Cc.

Los dos recientes "casos de Egipto" son ilustrativos al respecto. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia de 6 de mayo de 1996 condenó a pagar la indemnización de 25.000.000 pesetas por la muerte de un niño de nueve años asesinado por los terroristas de la "Yamaa Islamiya" en la zona de Luxor (Egipto), a la mayorista (VIAMED), a la detallista EUROPA TRAVEL, "pues ésta contrató con el demandante no sólo el viaje sino también las excursiones a realizar en Egipto... y en todo caso los recorridos de VIAMED fueron seleccionados por EUROPA TRAVEL..." (F.D. Decimocuarto), a ambas en concepto de responsabilidad contractual; y a la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE) y a la Asociación Catalana de A. de V. (ACAV) porque no trasladaron a sus miembros el comunicado de la Subsecretaría de Turismo que destacaba el peligro de la zona; reconociendo el Tribunal que la acción ejercitada contra estas Asociaciones era la de responsabilidad civil extracontractual. La SAP de Valencia, Sección 6ª, de 26 de marzo de 1999, ponente Excmo. Sr. Vicente Ortega Llorca, confirma en parte aquella (condena al mayorista y detallista por responsabilidad contractual, por omisión del deber de informarse y de informar al viajero, y a la ACAV, por culpa extracontractual, al pago de la indemnización citada, que no considera excesiva (F.J.14); absolviendo a AEDAVE por no haberse probado que recibiera la carta de la Subsecretaría de Turismo. (¹⁷ bis).

¹⁷Ver F. PANTALEON PRIETO, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1993, tomo II, págs. 1971 y ss.

¹⁷bis Ver el resumen de la SAP Valencia de 26 de marzo de 1999 en RGD, núm. 661-662, 1999, págs. 13.809 a 13.820).

Por el contrario, en un caso similar, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid de 18 de marzo de 1997, ante el ejercicio de idéntica acción, declaró compensables parcialmente las culpas de la Agencia de Viajes y del viajero, aquella por no informar y éste por contratar el viaje siendo consciente de la situación real del país. Mientras que exonera de responsabilidad a las asociaciones española y catalana, AEDAVE y ACAV, por entender que la comunicación de la Secretaría de Estado para el Turismo era una mera recomendación y que la relación de aquellas con la agencia de viajes es meramente administrativa, no pudiendo incurrir en responsabilidad, ni contractual ni extracontractual.

15.- Las consecuencias que se desprenden del estudio de la responsabilidad del organizador y detallista del viaje combinado es que deben extremar la diligencia específica exigida por el concreto viaje combinado; delegar en Agencias especializadas los que comporten especiales dificultades; informar exhaustivamente, y mediante documentación escrita, de todos los datos que puedan ser relevantes para el viajero, en especial los que puedan afectar a su seguridad y bienestar, y procurar que los diversos riesgos que se ciernen sobre los intereses de las partes (los de organizador y detallista, por un lado, y los del viajero, por otro) estén debidamente asegurados.

C) Responsabilidad por incumplimiento antes y después de la salida

1.- El organizador –no el detallista- incurre en responsabilidad si incumple el contrato, antes de la salida del viajero, por introducir modificaciones o cancelar el viaje en circunstancias no permitidas por la LVC. El art. 8 LVC establece que “en el supuesto de que antes de la salida del viaje el organizador se vea obligado a modificar de manera significativa algún elemento esencial del contrato, el consumidor podrá optar entre resolver el contrato o aceptar la modificación”.

2.- Del art. 8 LVC se desprenden las siguientes consecuencias: 1ª) El organizador no puede en ningún caso modificar arbitrariamente el contrato: esto equivale a rehuse de cumplimiento; se ha de “ver obligado” por las circunstancias a hacerlo; pero no por ello puede introducir modificaciones sin límite. 2ª) La “modificación de manera significativa de algún elemento esencial del contrato” incluye por supuesto el precio, pero éste sólo puede modificarlo en los tres supuestos que prevé el art. 7.1 LVC: incorporar las variaciones del precio de los transportes, de las tasas e impuestos y de los tipos de cambio; y sólo se podrá modificar antes de los 20 días anteriores a la fecha de salida (art. 7.3 LVC). 3ª) Aun hecha la modificación por la presión de las circunstancias del mercado, el consumidor puede aceptarla –sin ninguna consecuencia- o resolver el contrato, en este caso con derecho a indemnización de los daños y perjuicios. El art. 9.1 LVC, incorporando el principio de conservación del contrato, establece que como contenido de dicha acción de indemnización el consumidor tendrá derecho, a su elección: bien al reembolso de todas las cantidades pagadas; o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior, sin coste adicional, o de calidad inferior, con reembolso de la diferencia, siempre que el organizador (o el detallista) pueda proponérselo¹⁸.

¹⁸GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, cit., pág. 190, y MARTIN CASALS, “La responsabilidad civil...”, cit., págs. 9412-9414, cuyas tesis comparto esencialmente, dado que hemos podido debatir ampliamente esta materia.

3.- El organizador puede cancelar el viaje antes de la salida, ofreciendo al consumidor un viaje alternativo si el organizador o detallista pueden proponerlo (en aras del principio de conservación del contrato). El consumidor puede aceptar el viaje de sustitución o resolver el contrato, siempre con indemnización de los daños y perjuicios que pueda probar que se le han producido. Pero el organizador no está obligado a indemnizar si el número de personas inscritas no alcanza el mínimo pactado, siempre que se comunique al consumidor antes de la fecha límite fijada en el contrato, nunca más tarde de los 10 días antes de la fecha del comienzo del viaje; o si la cancelación del viaje se debe a fuerza mayor (en la que no se incluye la sobrecontratación u "overbooking").

4.- El art. 9.2 establece un sistema de indemnización por "daño abstracto", en sustitución del régimen común, que obliga a probar su existencia y cuantía. La indemnización *no podrá ser inferior* al 5 % si el incumplimiento por modificación o cancelación se produce entre los dos meses y los 15 días antes de la salida; del 10 % si se produce entre los 15 días y los 3 días anteriores; y del 25 %, si se produce dentro de las 48 horas anteriores (lo que parece comprender hasta el momento mismo de la salida) ; la indemnización siempre podrá ser superior siempre si el consumidor prueba daños y perjuicios superiores en juicio¹⁹.

5.- Después de la salida, el organizador y el detallista cumplirán o no cumplirán el contrato, según que el viaje discurra o no satisfactoriamente. Según el art. 10.1 LVC si no se presta al consumidor "una parte importante de los servicios previstos en el contrato", que impidan la continuación del viaje o hagan no razonable que el consumidor lo continúe: a) el organizador adoptará la soluciones adecuadas para la continuación del viaje a su cargo (no del detallista). Si son de precio superior no podrá exigir la diferencia al consumidor; si son de precio inferior, se la deberá restituir. El consumidor puede aceptar en tales circunstancias la continuación del viaje o no aceptar "por motivos razonables" las soluciones que le ofrece el organizador, pidiendo a éste que le transporte al punto de salida o a cualquier otro que ambos hayan pactado. Todo ello "sin perjuicio de la indemnización que en cada caso proceda" (art. 10.2 LVC).

6.- *La acción de reparación o indemnización de daños y perjuicios es una acción unitaria*, que se ejercita en caso de incumplimiento, sea total, sea parcial o defectuoso. La LVC reconoce una *acción de reducción de precio* sólo en los casos de sustitución de una prestación por otra de precio inferior. Si su incumplimiento fue doloso o "de mala fe", lo que generalmente no se dará nunca, en el sentido en que ha sido interpretado el art. 1107 Cc. En cambio, si el incumplimiento fue "de buena fe" sólo responderán de los daños que fueran previsibles en el momento de celebrar el contrato (art. 1107 Cc.)²⁰.

¹⁹GÓMEZ CALLE, ob. cit., pág. 199 y 194, y MARTÍN CASALS, ob. cit., pág. 9415-9416.

²⁰MARTÍN CASALS, ob. cit., pág. 9429-9430.

2.- La indemnización comprende tanto el llamado "daño emergente", es decir, "el valor de la pérdida que haya sufrido" (art. 1106 CC), como el "lucro cesante" o "ganancia que haya dejado de obtener" (art. 1106 CC).

El daño emergente incluye el valor de la prestación no recibida, el mayor coste satisfecho para obtenerla de otro, y los gastos de salvamento, necesarios para poner remedio a la situación de incumplimiento. El *lucro cesante* se basa en la presunción del que el viajero habría obtenido en el lugar o lugares de destino del viaje combinado. De modo que sólo está justificado exigirlo en caso de *viaje de negocios*. Por el contrario, la indemnización del *daño moral* puede ser muy importante en caso de incumplimiento de un viaje de placer, tanto en el conocido supuesto de "pérdida de vacaciones" (sustituidas por un "calvario" de pequeños sufrimientos inesperables: falta de agua potable en la zona del hotel, ruidos, etc.) como de prestaciones sin defectos, pero de nivel inferior a lo pactado -caso del viaje de luna de miel²¹.

"No es lo mismo hacer un viaje de negocios en que el único perjuicio que se produce al viajero es una incomodidad, fácilmente valorable económicamente por la diferencia de precios entre un alojamiento u otro, que en un viaje de placer, y concretamente la luna de miel, que suele ser o al menos solía ser único en la vida, en donde se buscan lugares adecuados, para poder disfrutar de unos días agradables, y se ven frustradas sus esperanzas al tener que dedicar casi todo ese tiempo que pensaban disfrutar, en discusiones, gestiones, incomodidades, etc., por lo que más que el daño económico que se les haya producido, es un daño moral y la pérdida de unas vacaciones que difícilmente pueden repetirse pues la ocasión se produce generalmente una vez, de ahí que conjugando todas estas circunstancias, nos parece acertada la resolución dictada en primera instancia respecto a la cuantía de la indemnización".

En la jurisprudencia anterior a la LVC ya era tradicional la indemnización del daño moral²².

²¹MARTÍN CASALS, ob. cit., pág. 9430 y ss., y doctrina que cita. Entre las sentencias más recientes, cabe destacar la SAP Lleida (Sala Civil, Sección 2ª) de 12 de marzo de 1998 (AC 1998/356), caso de una pareja que en su luna de miel realiza un viaje a las Islas Maldivas. El hotel proporcionado era de una calidad inferior a la que constaba en el catálogo. La sentencia declara el incumplimiento y condena a indemnizar el daño moral.

²²Ver MARTÍN CASALS, ob. cit., pág. 9432-9433, y otras sentencias que resume: a) Así, la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 26 de febrero de 1993: cancelación de viaje a la India contratado por un grupo de amigos. El daño moral indemnizable consiste en la "frustración de la expectativa de una experiencia de viaje en grupo a un destino comúnmente deseado, en la pérdida de propósitos de diversión conjunta y de ilusiones de grato esparcimiento en el tiempo de vacaciones, esperadas y planificadas durante los meses de trabajo" (FD 3ª). Condena al organizador a indemnizar a cada viajero 330.000 pesetas. b) La SAP de Pontevedra (Sala civil) de 16 de diciembre de 1993 (AC 1993/2473) condena a "El Corte Inglés S.A." a una reducción de 30.000 pesetas por no haber prestado el servicio de conducción con guía del Aeropuerto al hotel y viceversa, en un viaje a Amsterdam, que finalmente comportó que el cliente tuviera que tomar un taxi. c) La SAP de Badajoz (Sala civil) de 6 de septiembre de 1995 (AC 1995/1727) viaje de placer a la República Popular China: por no haber prestado el servicio contratado de "un guía de habla hispana" durante todo el recorrido: condena a 750.000 pesetas "en concepto de perjuicios morales derivados del incumplimiento de la agencia demandada".

E. Valoración del daño

1.- Como ha puesto de relieve el Prof. MARTÍN CASALS, sería deseable disponer de criterios uniformes que permitieran sentar unas bases comunes de valoración de los daños y perjuicios, del mismo modo que lo ha impuesto el Baremo aprobado por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 para los daños personales en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor. La jurisprudencia española no establece criterios claros en cuanto a las indemnizaciones que deben pagar las Agencias de Viajes a los consumidores. Por tanto, debería promoverse alguna acción armonizadora, sea legislativa o sea procedente de la Magistratura²³.

2.- Los tribunales alemanes han desarrollado distintas tablas orientativas entre las que destaca la llamada *Frankfurter Tabelle*, elaborada por la Audiencia Territorial de Frankfurt a los efectos del ejercicio de la acción estimatoria o *quantii minoris* relativa a los defectos apreciados en las prestaciones producidas (cfr. § 651 d BGB). La Ley alemana reconoce que, con independencia de dicha acción, el consumidor puede reclamar la indemnización de daños y perjuicios, incluidos los morales (§ 651 f BGB), aunque, no obstante, permite la cláusula de limitación de responsabilidad y determina con precisión su importe mínimo, que no podrá ser menor al triple del precio del viaje (cfr. § 651 h BGB).

En su estudio reciente, el Profesor MARTÍN CASALS defiende alguna solución inspirada en las Tablas de Frankfurt²⁴.

²³Nos permitimos recordar las sentencias que cita el Profesor MARTÍN CASALS (ob. cit., pág. 9432-9433): a) La SAP Barcelona (Sección 14ª) de 13 de mayo de 1991¹, realización de un viaje a Egipto con crucero por el Nilo en que se anulaban determinadas reservas, se asignaron habitaciones de calidad inferior y se adelantó el vuelo de regreso con pérdida de una noche de estancia, condena a la agencia demandada a la indemnización de 150.000 PTA, que supone aproximadamente un 35% del precio del viaje, sin cuantificar los distintos tipos de daño e incluyendo el daño moral (RGD. 1992, núm. 571, pp. 3289-3294). b) La SAP Alava (Sala civil) de 2 de marzo de 1993, condena a la Agencia a una reducción del 40% del precio total del viaje (que era de 176.400 Ptas.), es decir, de 70.560 Ptas., c) La SAP Valencia (Sección 7ª) de 17 de junio de 1993 (RGD 1993 núms. 586-587, pp. 7615-7616)² condena a la demandada a indemnizar a los participantes en una viaje a los países del Este a una indemnización del 50% del precio del viaje. d) La SAP de Vizcaya (Sala civil) de 24 de enero de 1994 (AC 1994/26), condena al abono de 220.735 ptas., que les concedió la sentencia, por no haber alojamiento disponible en el viaje a Londres, volviendo el pasajero a Bilbao. e) La SAP de Sevilla (Sala Civil, Sección 6ª) de 11 de marzo de 1996 (AC 1996/524) condena a la agencia detallista a indemnizar 100.000 ptas. porque las condiciones del alojamiento contratado no correspondían con las previstas en el folleto informativo.

²⁴MARTÍN CASALS, ob. cit., págs. 9434-9435. Sobre las Tablas de Frankfurt ver FÜHRICH, *Reiserecht*, cit., p. 255 y ss.; las Tablas se insertan en págs. 886 y ss. No creemos que el debate doctrinal español todavía abierto sobre el Baremo de indemnizaciones en daños personales a terceros establecido para el Seguro Obligatorio de Automóviles en la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 impida adoptar una solución como la alemana en relación con responsabilidad de naturaleza contractual de la Agencia de Viajes, ya que en ésta debe darse un margen razonable a la autonomía de la voluntad, en los términos de la Directiva sobre viajes combinados. Sobre aquel debate, ver en especial: a favor del Baremo, el Magistrado SOTO NIETO, F., "Fundabilidad del sistema de baremos en la valoración de los daños personales", R. E. Seg., núm. 85, 1996, págs.

3.- Igualmente sería de acoger el criterio de la legislación alemana, de que no caben cláusulas de exoneración de responsabilidad ("excepciones" a los apartados 1 y 2 del art. 11, como dice su apartado 4), pero sí cláusulas de limitación cuantitativa de las indemnizaciones. Esto facilitaría en especial la asegurabilidad técnica de este riesgo, *al menos siempre que se trate de responsabilidad contractual –ya que frente a terceros no pueden hacerse valer este tipo de cláusulas*. De otro modo se hace difícil de calcular actuarialmente dicho riesgo.

4.- El art. 11.4 LVC *permite hacer esta interpretación, en relación sólo con daños no corporales y siempre que se fijen criterios razonables, de conformidad con la Directiva* (art. 5.2.IV de ésta), así como con el Decreto catalán (art. 22.5). Por ej., el art. 651 h (1) del BGB fija en un mínimo del triple del precio del viaje la indemnización por daños no corporales; lo que hace pensar que una indemnización limitada contractualmente en España al precio del viaje, frecuente en las Condiciones Generales de algunas Agencias de Viajes practicadas hasta ahora, *no es razonable*²⁵.

III. COBERTURA ASEGURATIVA DE LOS RIESGOS DEL VIAJE COMBINADO

A) Intereses asegurables y pólizas de seguros al uso.

1.- El viaje combinado y en general la actividad de las Agencias de Viajes originan una serie de riesgos que pesan sobre intereses asegurables que pertenecen a dos clases de patrimonios:

A) Riesgo asegurable de la Agencias de Viajes: responsabilidad civil derivada de su actuación profesional, que abarca dos obligaciones.

- a La obligación legal de prestar una *fianza*, mediante un *Seguro de Caución*.
- b La obligación legal de reparar los daños y perjuicios causados a los viajeros en su actuación como Agencia de Viajes: Que puede cubrir con el *Seguro de Responsabilidad Civil de Empresas*.

B) Riesgos asegurables del viajero ("*Seguro de Viaje*"), que comprende:

- a *Seguro de responsabilidad civil* para las indemnizaciones que el viajero debe pagar a la Agencia en caso de *cancelación del viaje no justificada*.

75 y ss.; en contra, PANTALEÓN, F., "De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor", *La Ley*, núm. 4.241, 1997, pág. 1 y sas., y VICENTE DOMINGO, E., "Comentario crítico al Baremo de daños corporales de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado", *R. E. Seg.*, núm. 85, 1996, págs. 45 y ss.

²⁵Ver MARTÍN CASALS, ob. cit., págs. 9435 y ss., y doctrina que cita. La cláusula 24 del "Clausulado 2.000" establece como límite el doble del precio del viaje (ver nota 1), que parece lícito en nuestro ordenamiento (cfr. arts. 10 y 10 bis y disp. adic. 1º, LGDCU).

b Seguro de gastos por interrupción del viaje, enfermedad y otros.

C) La póliza de seguro de caución

1.- Existen en primer lugar en este sector de actividad *pólizas de seguro de caución*, de condicionado general, practicadas a favor de las Agencias de Viajes por algunas sociedades de crédito y caución (como las de MAPFRE y de ACC), que *se ajustan a las exigencias de la normativa administrativa autonómica correspondiente*.

2.- Así, la póliza de seguro de caución que exige el Decreto 99/1996 de 27 de junio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, establece que su cancelación se comunicará a la Consejería de Economía de dicha Comunidad con 60 días de antelación, que se producirá sólo si no existen pendientes reclamaciones contra la Agencia garantizada, permaneciendo vigente hasta que éstas se resuelvan o liquiden en su totalidad. Y no podrá ser cancelada durante la tramitación de un expediente de revocación, renuncia o baja de la licencia²⁶.

3.- El artículo 12 de la LVC obliga a los organizadores y detallistas a constituir *una fianza* en beneficio del consumidor y *en la forma que determine la Administración turística competente*, para responder del cumplimiento del contrato de viaje combinado. *Esta fianza queda afecta al cumplimiento de las obligaciones que resulten, bien de resolución judicial firme, o bien de laudo arbitral dictado por las Juntas arbitrajes de consumo*, previo sometimiento a tal arbitraje de las partes. Ejecutada la fianza habrá de ser repuesta en el plazo de 15 días.

4.- En esta norma –como hemos dicho– la Ley va más allá de la Directiva en la protección del consumidor, ya que ésta sólo exige garantías para el caso de insolvencia o quiebra del organizador o del detallista (y en este sentido restringido ha sido regulada en el art. 651-k BGB: “*Illsonvenzschutz*”, que de este modo concede menor protección a los consumidores).

En este aspecto la LVC sigue los precedentes del art. 5 del R.D. 271/1988 de 25 de marzo, sobre ejercicio de las actividades de las Agencias de Viajes y del art. 15 de la Orden de 14 abril 1988, sobre normas reguladoras de las Agencias de viajes, *que imponían la fianza obligatoria para el inicio de sus actividades, y sus cuantías* (regulación que continúa vigente salvo en aquellas Comunidades Autónomas en las que teniendo competencia en materia turística poseen legislación propia).

²⁶El seguro de caución ha sido muy estudiado en España. Ver en especial: TIRADO SUÁREZ, F.J., en SÁNCHEZ CALERO, F., *La Ley de contrato de seguro*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 1.028 y ss.; BARRES BENLLOCH, M^a. P., *Régimen jurídico del seguro de caución*, Aranzadi, Pamplona, 1996; BATALLER GRAU, J., “El seguro de caución” en RDM, núm. 224, 1997, pp. 875 y ss.; CAMACHO DE LOS RÍOS, F., “*El seguro de caución. Estudio crítico*”, Madrid, Mapfre, 1994; EMBID IRUJO, J.M., “El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”, *La Ley*, 1986, pp. 1 y ss.

5.- Las cuantías de la fianza (seguro de caución) figuran establecidas en la Orden de 14 de abril de 1988, que desarrolló el R.D. 271/1988 de 25 de marzo y que sigue vigente, repetimos, salvo en las comunidades autónomas que la han modificado. Así, en Cataluña el Decreto 168/94 ha mantenido las mismas cuantías (fianza individual: minorista, 10 millones, mayorista, 20 millones, y mayorista/minorista, 30 millones). La fianza colectiva es la que presta cada asociación de Agencias, como mínimo en el 50 % de la suma total de las cuantías de las fianzas prestadas por las fianzas individuales de sus Agencias Asociadas, con un mínimo de 400 millones de pesetas por asociación.

El Decreto 43/95 de Baleares en cambio elevó las cuantías de las individuales: 15, 30 y 40 millones, respectivamente.

6.- En esta materia tiene especial interés la STJCE de 14 de mayo de 1998, Asunto C-364/96, "*Verein für Konsumenteninformation*". El TJCE declara que, de acuerdo con el art. 7 de la Directiva sobre viajes combinados, la entidad aseguradora, "*Österreichische Kreditversicherung AG*" está obligada a indemnizar a los viajeros que, habiendo pagado a la Agencia "*Kartago-Reisen GmbH*" la totalidad de los gastos de alojamiento en un hotel de Creta y no habiendo pagado aquella al hotelero y habiendo sido declarada en quiebra, fueron obligados a pagar dichos gastos (de nuevo) para poder abandonar el hotel.

No basta, por tanto -dice el TJCE- con indemnizar al viajero los gastos indispensables de repatriación, taxi y avión, sino que el riesgo cubierto era el de que el viajero, en la situación descrita, tuviera que pagar por dos veces los gastos de alojamiento. Cuestión distinta será que la entidad aseguradora pueda subrogarse frente a la Agencia asegurada e intente reembolsarse en el procedimiento concursal las cantidades pagadas.

D) Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil de Agencias de Viajes

1.- En segundo lugar, existe la póliza de *Seguro de Responsabilidad Civil de Agencias de Viajes*, que todavía hoy se sigue practicando con la misma complejidad que antes de la Ley 21/95, y responde a las siguientes líneas generales:

a. Objeto del seguro:

El objeto del seguro se define en este tipo de póliza más o menos del siguiente modo: Sobre la base de las declaraciones formuladas por el tomador en el cuestionario y en los términos indicados para cada uno de los bloques de responsabilidad (que figuran en la póliza), la Entidad Aseguradora asume las consecuencias pecuniarias derivadas de reclamaciones formuladas por daños causados involuntariamente a terceros durante el ejercicio de la actividad asegurada, sea como Agencia de Viajes mayorista, o, minorista o como ambas a la vez, siempre que la actividad como tales quede

reflejada en las condiciones particulares y el asegurado esté en posesión de la correspondiente autorización administrativa.

Los "terceros" frente a los cuales puede nacer la responsabilidad civil asegurada son los consumidores o clientes que contraten con la Agencia de Viajes asegurada. Por tanto, la responsabilidad civil que se asegura es de naturaleza contractual. Ello sin perjuicio de que se acepte la posibilidad del ejercicio conjunto de acción contractual y extracontractual de responsabilidad civil. La póliza comentada tiene por tanto, como características: 1ª) El sector de actividad al que se aplica (responsabilidad de las Agencias de Viajes como organizadores o detallistas de viajes combinados) y 2ª) que se asegura una responsabilidad de naturaleza contractual, nacida de la falta de obtención del resultado tal como está previsto y descrito en el Folleto, en las condiciones generales y en el contrato.

Es de aplicación a esta póliza el régimen general del seguro de responsabilidad civil, arts. 73 a 76 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro²⁷.

b) Bloques de responsabilidad cubiertos:

1) Responsabilidad civil explotación del negocio.

Es la nacida por daños derivados de las tareas y operaciones propias de la actividad del asegurado en todos los centros de producción, almacenamiento, administración o venta ubicados en territorio nacional... (etc., y siguen varios conceptos distintos).

Sigue, por lo general, a continuación, en la póliza una lista de "reclamaciones excluidas". En esencia, son las derivadas de responsabilidad en el ámbito laboral: carencia o insuficiencia de cobertura de Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedad; reclamaciones por multas y recargos sobre indemnizaciones en el ámbito laboral al asegurado, responsabilidad por incumplimiento de normas de seguridad del trabajo, etc...

2) Responsabilidad civil subsidiaria.

Dentro de los límites pactados, el seguro ampara la responsabilidad civil de la Agencia de Viajes asegurada, por daños corporales y materiales, así como los perjuicios económicos consecutivos derivados de los mismos, causados a sus clientes, en los casos en que la Agencia, interviniendo en la

²⁷En doctrina, ver fundamentalmente, SANCHEZ CALERO, F., *La Ley de contrato de seguro*, Pamplona, Aranzadi, 1999, págs. 1.117 y ss. (aunque no se ocupa de pólizas especiales de SRC, como ésta y la de administradores y directivos); y "La delimitación temporal del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil, tras la modificación del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro", *R. E. Seg.*, núm 89, 1997, págs. 109 y ss.; ver también, AAVV., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad de la gran Empresa*, Madrid, 1994.

organización y/o venta de viajes combinados, haya confiado total o parcialmente a otras empresas la prestación de los servicios de transporte, alojamiento y demás comprendidos en dichos viajes combinados. La cobertura despliega su eficacia siempre que:

-Sea declarada judicialmente la responsabilidad civil directa de las empresas prestadoras de los servicios origen de la reclamación.

-Se halle acreditada la "insolvencia económica" de la Agencia. Por consiguiente, a diferencia de la póliza de seguro de caución, no se cubre como siniestro el mero no cumplimiento de la Agencia de Viajes, sino que tiene que acreditarse judicialmente el embargo infructuoso de bienes contra la Agencia o su declaración de insolvencia en un procedimiento concursal (incluida la Suspensión de Pagos, si bien a partir del auto de declaración de la misma con insolvencia definitiva).

La póliza que examinamos no presta cobertura a la responsabilidad civil exigible a las empresas prestadoras de los servicios (transportistas, hoteleros, etc.) contratadas por la Agencia de Viajes asegurada y en cuya prestación haya ocurrido el siniestro. Sino sólo a la responsabilidad civil objetiva que contrae la Agencia frente al consumidor como consecuencia del incumplimiento de todas aquellas prestaciones, de transporte, alojamiento y otras.

3. Responsabilidad civil por daños patrimoniales primarios:

La póliza que comentamos presta cobertura, hasta el límite de la suma asegurada y con la franquicia indicadas para este riesgo en el apartado de garantías de este contrato, a *la responsabilidad civil que pueda incumbir al asegurado por daños patrimoniales primarios ocasionados a clientes, debidos a errores, faltas, ejecución defectuosa o inejecución de la misión de Agencia de Viajes, cometidos por el titular de la agencia o por las personas de las que debe responder, en el ejercicio profesional de la mediación en actividades relacionadas con servicios turísticos, tales como:*

- 1 *La mediación en la venta de billetes o reserva de plazas en medios de transporte, reserva de habitaciones y servicios turísticos...*
- 2 *La organización y/o venta (y, en otras pólizas del mismo ramo, "realización") de los viajes combinados, en su caso sobre la base de la documentación escrita del mayorista correspondiente.*
- 3 *La organización y/o venta de las llamadas excursiones de un día ofrecidas por la agencia o proyectadas a solicitud del cliente.*
- 4 *La actuación como representante de otras Agencias nacionales o extranjeras por la prestación en su nombre y a su clientela de cualquiera de los servicios descritos anteriormente.*

En otras pólizas que se nos han facilitado encontramos otros riesgos incluidos en la cobertura:

- 5 *La información turística gratuita y difusión de material de propaganda, así como la venta de guías turísticas y de transporte, horarios y publicación del mismo género.*
- 6 *Expedición y transferencia de equipajes por cualquier medio de transporte relacionado con los títulos de transporte por ellos emitidos o vendidos.*
- 7 *Prestación de cualesquiera otros servicios de interés turístico o ameno, siempre que dispongan de autorización de las empresas prestatarias o cuando se faciliten por medios propios.*
- 8 *Los daños que puedan sufrir los expedientes y documentos que se encuentren en poder del Asegurado para el desarrollo de la gestión encomendada (excluido el dinero, valores, efectos al portador, etc.)*

4) Exclusiones de esta concreta cobertura:

1.- Además de las exclusiones generales se excluyen de esta cobertura de daños patrimoniales primarios las reclamaciones:

- a Por daños que sufra el asegurado en su persona o cosas...de su propiedad...
- b Por el ejercicio de actividades distintas a las de Agencia de Viajes.
- c Por sobrepasar presupuestos o créditos, realizar mediación o recomendación de negocios u otras transacciones comerciales, etc.

2.- Las exclusiones son mucho más numerosas en otras pólizas consultadas:

- a Las presentadas ante tribunales extranjeros, las derivadas de inobservancia del Derecho extranjero, o de actividad profesional realizada en el extranjero.
- b Las presentadas en base a promesas que de la Agencia asegurada que amplíen la responsabilidad respecto a la responsabilidad civil legal.
- c Por haber ocasionado el daño a consecuencia de haberse desviado la Agencia a sabiendas de la Ley, disposiciones reglamentarias, autoridad, disposiciones, instrucciones o condiciones de los clientes o de personas autorizadas por ellos o por cualquier infracción del deber profesional hecha a sabiendas.

Otras pólizas consultadas añaden *otras exclusiones del riesgo*:

- d Reclamaciones presentadas contra filiales o establecimientos ubicados en el extranjero.

- e Pérdida de equipajes o robo de los mismos, siempre y cuando no pudiera probarse la responsabilidad del Asegurado.
- f Huelgas y averías técnicas.
- g Daños morales.
- h Daños indirectos que no sean consecuencia directa de la actividad negligente del Asegurado.
- i Daños punitivos y ejemplares (nociones de Derecho anglosajón, traducidas a la póliza española de la póliza original inglesa) y cualquier otro concepto de multa, penalidad, etc.
- j Responsabilidad civil derivada de riesgo de circulación o del tráfico marítimo o aéreo.
- k Responsabilidades directamente exigibles a las empresas prestatarias de los servicios, tales como transportistas, hoteleros y otras empresas de alojamientos turísticos.
- l Pérdida de la fianza constituida por el Asegurado, cuando ésta venga referida a garantizar el pago de sanciones impuestas al amparo de preceptos legales o reglamentarios.
- m Responsabilidades del riesgo de circulación terrestre, marítima o aérea (a veces se observa superposición entre algunas de estas exclusiones).

5) *Exclusiones generales para todos los riesgos* (que a veces resultan poco congruentes con la cobertura de la responsabilidad civil de las Agencias de Viajes):

- n Por daños que sufran el asegurado, o cosas, animales, etc. de su propiedad, y que estén en su posesión o de las personas de quienes deba responder.
- o Reclamaciones formuladas por alguna de las personas que no reúna la condición de tercero según la definiciones iniciales de este contrato.
- p Daños debidos a mala fe del asegurado o persona de la que deba responder o derivados de la comisión intencionada de un delito.
- q Obligaciones asumidas en virtud de contratos, pactos, acuerdos o estipulaciones especiales que no procederían de no existir los mismos, y cualquier otra responsabilidad contractual que exceda de la legal, así como las reclamaciones que tengan por fin exigir al asegurado el cumplimiento de obligaciones legales de la Agencia, tales como:
 - 1 El reembolso de las cantidades entregadas a cuenta del viaje.
 - 2 El pago de los gastos y costes del servicio de asistencia al viajero en dificultades.
 - 3 El pago de los gastos y costes necesarios para la continuación del viaje en el supuesto de reducción de las prestaciones pactadas, así como el reembolso de la diferencia entre la suma de las pactadas y las suministradas, salvo las indemnizaciones que puedan corresponder al consumidor.
 - 4 Los gastos y costes de la repatriación del viajero, en su caso.
 - 5 Las penalizaciones previstas en la Ley por cancelación del viaje.

Y sigue: Por hechos de guerra civil o internacional, motín, etc.; reclamaciones presentadas contra el asegurado en su calidad de propietario; reclamaciones presentadas por responsabilidad civil de los propios clientes o viajeros; por responsabilidades derivadas de la pérdida o deterioro de equipajes, así como de la formalización a favor de clientes de pólizas de seguro turístico u otras que cubran los riesgos derivados de los viajes.

6) Exclusión del riesgo de responsabilidad civil por accidente laboral (que sería un hipotético “cuarto bloque”).

(por daños corporales que puedan sufrir los trabajadores, etc.).

En suma, estamos ante una póliza de responsabilidad civil empresarial de origen anglosajón y llena de peculiaridades.

3.- El Decreto 168/1994 de 30 de mayo, de la Generalitat de Cataluña recoge la exigencia de un Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Real Decreto de 1988. Esta norma es censurable²⁸. Primero por imponer una obligación de asegurarse, propia del Derecho privado y de competencia del Estado (ver art. 75 LCS en su sentencia de 16 de noviembre de 1981, que en la Ley vasca 3/1981 de 12 de febrero sobre centros de concentración de cargas de transporte el Tribunal Constitucional declaró que invadía la competencia estatal. En segundo lugar, porque el Decreto 168/94 se separa de la orientación de la Directiva 90/134, que se conforma con exigir una fianza para garantizar el pago de las cantidades por suspensión del contrato de viaje combinado en caso de insolvencia del organizador y del detallista y, además, crea una obligación que distorsiona las exigencias de la técnica aseguradora. Resulta, además, poco comprensible la necesidad de dividir la cobertura en tres bloques: explotación, responsabilidad subsidiaria y daños patrimoniales primarios, sin especificar el alcance de la cobertura en cada uno de los tres bloques, ni las limitaciones de la cobertura permisibles, ni si son posibles franquicias, ni el ámbito temporal de la cobertura²⁹.

²⁸ver J. M. TRABAL PUJADAS, “Posición y aportaciones del Seguro ante los nuevos riesgos de las Agencias de Viajes”, en “Foro del Sector Turístico: Proyecto de Ley reguladora de los viajes combinados”, Tarragona, 15 y 16 de marzo de 1995, p. 3.. Este experto hacía otras críticas al Decreto 168/94: En especial, las indemnizaciones por cancelación de viaje no están tasadas, lo que impide calcular este concreto riesgo, ya que cada Juez puede fijarlas en una cuantía distinta; a diferencia de la LVC, siguiendo a la Directiva. El Decreto 168/94 obliga al asegurador a emitir un certificado de seguro, cuyo texto es contradictorio con el contenido de la póliza, ya que si el legislador quiere una cobertura sin limitaciones en realidad ésta no se encuentra en el mercado. Todavía más discutible le parecía que el asegurador mediante la suscripción del certificado asuma frente a la Administración la obligación de comunicar la cancelación de la póliza contratada. Por último, el seguro de responsabilidad civil por sí mismo no es garantía suficiente de una adecuada prestación de servicios, sino que debe ser completado con el seguro de asistencia en viaje. Sin embargo, el Decreto catalán sigue en vigor y aplicable en el territorio de su Comunidad Autónoma.

²⁹Rita BIDINGER/Ralph MÜLLER *Reisevertragsrecht*, Erich Schmidt Verlag, 2. Aufl. Berlin 1995, pág.231). Según IC, la alternativa de un seguro obligatorio de responsabilidad civil fue rechazada por el legislador alemán, que no quería instaurar una situación de monopolio, dejando la cobertura a la libre competencia del mercado: en la práctica, las Agencias de Turismo en Alemania han creado una Mutua de Seguros para la cobertura de este riesgo: la “Deutsche Reisepreis-Sicherungsverein”. Su misma denominación incluye el interés asegurado: el “precio del viaje”. Pero cada Agencia tiene que superar la prueba de su solvencia, sin la cual no obtiene el seguro. Las Entidades Aseguradoras alemanas han aprobado y practican dos clases de Condiciones Generales de la Contratación en el sector del seguro de viajes, que en ambos casos cubren el riesgo de responsabilidad civil: “Allgemeine Bedingungen für die Reise-Rücktrittskosten-Versicherung” (ABRV), y “Allgemeine Bedingungen für die Versicherung von Reisegepäck (AVB Reisegepäck 1980 y 1992). Tomador del seguro y asegurado es el cliente o consumidor, que de este modo asegura los “riesgos del viaje”. En las primeras el asegurador se obliga a indemnizar al cliente o viajero asegurado en dos casos: 1ª) Suspensión del viaje antes de su comienzo (“Nichtantritt der Reise”), que se define técnicamente según el medio de transporte empleado en dicho comienzo, por los gastos de cancelación debidos por el cliente asegurado a la

4.- Frente al Decreto 168/94 de Cataluña, la LVC *facilita las cosas*, porque la única obligación que impone es la prestación de *fianza*, que en la práctica puede adoptar la fórmula de seguro de caución o de aval bancario a primera demanda, y porque cuantifica las indemnizaciones por cancelación de viaje. También admite aval bancario el art. 651 k del Código civil alemán, si bien la doctrina alemana observa que la modalidad más divulgada es la de seguro de caución³⁰.

LA COBERTURA DE LOS RIESGOS PROPIOS DEL VIAJERO

1.- Existen riesgos específicos que no aparecen cubiertos por la fianza, por la sencilla razón de que no pertenecen a la esfera del no cumplimiento del organizador o detallista. Son riesgos que, por tanto, recaen sobre el patrimonio del viajero. Esta es la razón de que el artículo 6, apartado d) de la Ley establezca que los detallistas y, en su caso, los organizadores del viaje, deben suministrar entre otras informaciones, la siguiente:

“Información, de acuerdo con la legislación vigente reguladora del seguro privado, sobre la suscripción facultativa de un contrato de seguro que cubra los gastos de cancelación por el consumidor, o de un contrato de asistencia que cubra los gastos de repatriación o traslado al lugar de origen, en caso de accidente, enfermedad o fallecimiento”.

Esta norma parte de la premisa de que los riesgos que menciona (cancelación por el consumidor, viaje de regreso en caso de interrupción) no son asumidos por el organizador y detallista. Estos sólo soportan el riesgo derivado del no cumplimiento, por conductas propias o de los subcontratistas prestadores de los servicios. Este es su interés asegurable, tanto si se cubre en la fase de mera falta de cumplimiento, ahorrando al consumidor la necesidad de demandarles judicialmente (seguro de caución) como si se cubre sólo cuando se produzca insolvencia o quiebra (pérdida presunta del crédito del consumidor contra ellos).

empresa organizadora del viaje o a otros ; 2º) Interrupción del viaje, por los gastos del viaje de vuelta y los mayores gastos originados de forma inmediata al asegurado. Los gastos se ajustarán a la clase de medio de transporte pactado en el contrato; si es necesaria la vuelta en avión, se indemnizarán sólo los gastos del billete en clase turista. No están cubiertos los gastos de atención médica, personas acompañantes y traslado de cadáveres. El asegurador indemniza si la suspensión del viaje antes de su comienzo se debe a fallecimiento, accidente grave del asegurado o familiares próximos que enumera; intolerancia a la vacuna, embarazo, daños sufridos en la propiedad del asegurado (y en todos estos casos, en caso de viajar juntos el asegurado y su cónyuge, igualmente los acontecimientos que le afecten a éste). Exclusiones de riesgo: Fallecimiento, accidente o enfermedad de parientes de más de 75 años; riesgos de guerra, guerra civil o acontecimientos similares. Igualmente, si el siniestro (“Versicherungsfall”) fue debido a la decisión del tomador del seguro o del asegurado o lo ha provocado dolosamente o por negligencia grave.

³⁰Como aconseja MARTÍNEZ ESPÍN, RDP, junio 1996, pág. 473.

El precepto transcrito parte de la premisa de que en caso de cancelación del viaje por el organizador o el detallista no hace falta un seguro complementario a la caución, al parecer por entender que el supuesto queda dentro de la esfera del no cumplimiento, que ésta garantiza.

2.- Analicemos en primer lugar el riesgo de anulación o cancelación del contrato de viaje por fuerza mayor o caso fortuito, en la esfera del propio consumidor: fallecimiento, embarazo, graves daños en los bienes del consumidor que ha estipulado el contrato de seguro, casos en los cuales el asegurador puede prometer válidamente indemnizarle los gastos derivados de la cancelación (como en las Condiciones Generales alemanas).

Como sabemos, el apartado 4 del artículo 9 de la Ley concede al consumidor la *facultad de desistimiento, con indemnización o sin ella*: Si desiste por causa de fuerza mayor no tiene que indemnizar; pero sí en otros casos:

“4. En todo momento el usuario o consumidor podrá desistir de los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor:

- a *Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 por 100 del importe total del viaje si el desistimiento se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por 100 entre los días tres y diez, y el 25 por 100 dentro de las 48 horas anteriores a la salida. De no presentarse a la salida, el consumidor o usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes, salvo acuerdo de las partes en otro sentido”.*
- b *En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como fletes de aviones, buques, tarifas especiales, etc., los gastos de anulación por desistimiento se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes”.*

3.- También puede asegurarse el riesgo de la cancelación del viaje producida por hechos relativos a la esfera del organizador o detallista en su respectivo ámbito de actuación. En efecto, si éstos introducen modificaciones en el viaje combinado que no son aceptadas por el consumidor, serán responsables del pago a éste de una indemnización (en concepto de incumplimiento del contrato). Dicha indemnización queda cubierta por la fianza del art. 12 de la LVC y aparece cuantificada, al igual como en el caso del consumidor que cancela el viaje, sólo en forma de porcentajes mínimos respecto del precio global del viaje:

“...en ningún caso podrá ser inferior al 5 por 100 del precio total del viaje contratado, si el citado incumplimiento se produce entre los dos meses y los quince días inmediatamente anteriores a la

fecha prevista de realización del viaje; el 10 por 100 si se produce entre los quince y los tres días anteriores y el 25 por 100 en el supuesto de que el incumplimiento citado se produzca en las 48 horas anteriores”...

No responden el organizador y, en su caso, el detallista, si la cancelación del viaje se debe a que no se han reunido las personas exigidas, si se ha comunicado oportunamente al consumidor o si se produce por motivos de fuerza mayor, *“entendiendo por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no hayan podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida”*.

4.- Así pues, existe un supuesto de cancelación cuyos daños sufrirá el consumidor, cuando se debe a motivos de fuerza mayor que afectan a la esfera del organizador o del detallista, siempre que no se deba a exceso de reservas o *sobrecontratación*, que constituye siempre un supuesto de incumplimiento del contrato (el *“overbooking”*, como declaró la STS. Sala 3ª de 3 de octubre de 1986, R. 5661: *no es fuerza mayor*; y la STS Sala 1ª de 2 abril 1993, R. 2.985 declaró que *no es un uso del comercio*, ya que sería, en todo caso, una práctica del sector *contra legem*). En tal caso puede ser aconsejable estipular un seguro de gastos de anulación del contrato por fuerza mayor de la propia agencia.

5.- El Reglamento de la CEE de 4 de febrero de 1991 relativo a la *sobrecontratación* en el transporte aéreo (*“overbooking”*) establece un sistema de indemnización por denegación de embarque en el transporte aéreo regular, que no impide al perjudicado dirigirse a los Tribunales probando que ha sufrido un daño mayor: la indemnización mínima, que la Compañía aérea puede aumentar, es de 150 Ecus para vuelos de hasta 3.500 Kms. (56.000 pesetas) y de 300 Ecus para vuelos de mayor distancia (pero sin superar el precio del billete hasta su destino final).

6.- *Igualmente, puede ser conveniente la estipulación de un seguro de asistencia en viaje para el supuesto de interrupción del mismo sin que sea responsable el organizador ni el detallista*. En las Condiciones Generales alemanas se excluyen los gastos de asistencia médica, persona acompañante y traslado de cadáveres, pero mediante cláusulas especiales pueden cubrirse igualmente estos riesgos.

7.- Junto a estos riesgos, *existen otros riesgos también asegurables*, adaptados a las promesas específicas realizadas por el organizador del viaje combinado, como el de que el consumidor disfrute en su viaje organizado o vacaciones organizadas de un 75 por 100 de días de sol (o de nieve en viajes a estaciones de esquí), que los aseguradores pueden asegurar técnicamente gracias al cálculo actuarial basado en las estadísticas. Ello en los supuestos en los que este riesgo del viaje combinado sea asumido específicamente por el organizador del viaje en calidad de *“servicio turístico especial”*, pues en tal caso la aparición de estos *“defectos del viaje”* corren a cargo del organizador del mismo y deben ser cubiertos por sus pólizas de seguros de caución o seguro de responsabilidad civil.

8.- Existe alguna póliza, llamada "Seguro de Viaje", que aparece pactada por cada Agencia de Viajes con una Entidad Aseguradora (a veces, una de éstas contrata o pacta con dos o más Agencias) e incluida en todos los itinerarios, que cubre una multiplicidad de riesgos propios del viajero.

La referencia a este seguro en las Condiciones Generales y en el Folleto de las Agencias aparece de forma muy variada:

- a) Unas veces, una mera alusión: TURYCO, DIMENSIONES.
- b) Otras veces la referencia incluye una explicación de que a pesar de que la Agencia lo ha pactado el cliente puede buscar otros seguros.
- c) Otras se incluye expresamente en el precio: Así, en las Condiciones de "VIAJES EL CORTE INGLÉS", cláusula 4, apartado 6: "Seguro de accidentes y asistencia".
- d) Otras la referencia a las coberturas es muy detallada. Así, en el Condicionado de "Ambassador Tours", seguro pactado con WINTERTHUR³¹.

9.- En relación con esta información sobre Seguro de Viajeros contenida de forma tan diversa en las Condiciones Generales podemos formular las siguientes observaciones: a) En general, todas cumplen la obligación legal de informar al consumidor sobre la existencia de tal seguro, siempre que si la Agencia de Viajes es requerida a ampliar dicha información atienda el requerimiento. b) No pare-

³¹Nos permitimos transcribir el texto de estas Condiciones Generales de "Ambassador Tours": Indemnización por fallecimiento o invalidez permanente: 4.000.000 pts.

Repatriación o traslado de heridos o enfermos: ilimitado.

Inmovilización en hotel, por prescripción médica, hasta 10 días: 7.000/día.

Desplazamiento de un acompañante (hospitalización superior a 10 días): ilimitado.

Estancia acompañante en caso de hospitalización superior a 10 días (máximo: 7.000/día): hasta 70.000 pts.

Repatriación o transporte en caso de fallecimiento: ilimitado.

Gastos médicos por enfermedad o accidente: Ocurredos en España: 100.000 pts.; en el extranjero: 600.000 (odontólogo: hasta 10.000 pts.)

Regreso anticipado: fallecimiento familiar primer grado: ilimitado.

Equipaje, incluyendo robo, deterioro y pérdida total, hasta: equipaje facturado: 50.000 pts.; sin facturar: 25.000 pts.

Responsabilidad civil personal y familiar: hasta 10.000.000 pts.

Adelanto fondos en el extranjero, por accidente o enfermedad, hasta 100.000 pts.

Transmisión mensajes urgentes: sin límite.

Gastos de anulación: Hasta viajes por Europa y Países Mediterráneos. Hasta 30.000 pts.

Notas: Toda reclamación a realizar con este seguro debería ser efectuada directamente ante Winterthur, no pudiendo atender estos casos ni la Agencia Minorista intermediaria ni Ambassador Tours. Este extracto no tiene valor contractual, y por tanto no sustituye a las condiciones generales y particulares de la póliza suscrita entre AMBASSADOR TOURS y WINTERTHUR. Más información en pág. 4. Duración máxima viaje: 30 días.

ce que las Agencias de viajes con esta mención estén realizando mediación de seguros en contra de lo dispuesto en la Ley 9/1992 sobre mediación de seguros, sin poseer la cualidad de Agencia de Seguros, de Corredor de Seguros Titulado o de subagente o colaborador mercantil de aquellos, respectivamente. c) La inclusión de la prima del seguro de Viajes en el precio global del contrato de viaje combinado constituye en principio la oferta de dos contratos enganchados, puesto que dicho seguro no forma parte de los "servicios turísticos". En consecuencia, habrá que examinar su tratamiento jurídico concurrencial. No podrá darse el supuesto de "contratos enganchados" como abuso de posición de dominio –dado el número elevado de Agencias de Viajes, en los dos niveles, mayoristas y minoristas- pero podría ser reputado un caso de acuerdo restrictivo de la competencia, prohibido por el art. 1 de la Ley 16/1989 de defensa de la competencia (como en su día ocurrió con la cláusula de taller de reparación obligatorio en el seguro de automóviles). Por otro lado, el supuesto puede ser calificado como un supuesto de competencia desleal por oferta de primas, del art. 8, apartado 3, de la Ley 3/1991, que si supera el 15 por 100 del valor de la prestación principal la presume desleal, pero no impide que pueda demostrarse que es desleal aunque sea de valor inferior³².

10.- En conclusión, del mismo modo que ocurre en otros sectores de la vida diaria que originan riesgos (RC. de administradores, de profesionales liberales, de productos, etc.) en el caso del turismo, a veces -junto con placeres- surgen una multiplicidad de intereses que se ponen en riesgo, incluso la vida. Ver la SAP Valencia de 26 de marzo de 1999, impresionante, por su dramatismo y su elevada perfección jurídica. Pero son riesgos económicamente calculables y, por tanto, son asegurables. El consumidor ha contratado un contrato de viaje combinado, un contrato de resultado. El seguro se convierte en un instrumento de tranquilidad porque, como decía el profesor GARRIGUES, su esencia es que "pone lo seguro en lugar de lo inseguro".

³²Ver VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 12ª ed., 1999, pág. 572.

MESAS REDONDAS

1. LA FUTURA LEY DE TURISMO DE ANDALUCÍA

18

ESTRUCTURA
Y
CONTENIDO

ESTRUCTURA Y CONTENIDO*

Rafael Rodríguez de León García

**Secretario General Técnico
Consejería de Turismo y Deporte
Junta de Andalucía**

La situación de la legislación turística en Andalucía tenía dos problemas básicos: La dispersión normativa y la confusión en cuanto a la suptoriedad de la normativa estatal, motivados ambos por carecer de una Ley propia que regulara el sector de manera global y al más alto nivel.

Ambos problemas deben encontrar solución cuando Andalucía cuente, por primera vez en su historia, con una Ley que regule el Turismo y ojo ponga a la acusada, y casi tradicional, dispersión normativa en materia turística, en la que coexisten normas emanadas de la Administración General del Estado, anteriores y posteriores a la Constitución, y normas autonómicas.

Esto supone reconocer, desde el punto de vista jurídico y político, la importancia real que el turismo tiene en Andalucía como motor de desarrollo y como generador de riqueza y empleo. Además es la forma de profundizar en nuestra autonomía ya que, así, ejercitamos las competencias que nos otorga nuestro propio Estatuto de Autonomía.

En efecto, el artículo 148.1.18 de la Constitución Española prevé la atribución a las Comunidades Autónomas de la competencia exclusiva para la ordenación y promoción del turismo, y el artículo 13.17 de nuestro Estatuto de Autonomía efectúa dicha atribución competencial en exclusiva a la Comunidad Autónoma. el propio Estatuto, en su artículo 12.2. reconoce el turismo como un objetivo institucional de nuestra Comunidad Autónoma.

Desde la creación de la Consejería de Turismo y Deporte, fuimos conscientes de la trascendencia de esta Ley y, por eso, ha sido una de las prioridades de la Consejería. Sin embargo, precisamente, por ser la primera Ley que va a regular el turismo en Andalucía y por la importancia de la misma, queríamos que fuese una Ley totalmente consensuada con el sector, tanto con los representantes de los trabajadores como de los empresarios.

* Texto de la intervención en la Mesa Redonda sobre "La futura Ley de Turismo de Andalucía", celebrada el día 21 de mayo de 1998, dentro de las I Jornadas de Derecho Turístico.

Tal vez la primera cuestión que nos planteamos al abordar la elaboración del proyecto fue establecer qué aspectos de la realidad de nuestro entorno debían ser objeto de consideración desde esta norma, dada la amplitud del campo material de la actividad turística.

Porque lo cierto es que cualquier actividad puede ser objeto de atención desde el punto de vista turístico siempre que se le pueda atribuir la cualidad de provocar desplazamientos para el descanso y el esparcimiento. Pero hay, lógicamente, actividades lúdicas y de ocio que cumplen su papel como tales sin hallarse vinculadas necesariamente al fenómeno turístico.

Por ello, era aconsejable dejar fuera de su ámbito de aplicación, sobre todo, las materias relativas al régimen de espectáculos y de juegos. Al mismo tiempo, hay que considerar que sectores normativos diferentes, como el ambiental y espacios naturales, costas, transportes o el relativo al patrimonio histórico regulan aspectos que afectan al turismo.

Pensamos que la Ley debía centrar su atención en aquellas actividades de carácter económico en su mayoría, que tuviesen una incidencia sobre el turismo como actividad de desplazamiento para gozar de los atractivos de nuestra tierra.

El turismo aparece como el punto de referencia de una actividad económica profundamente diversificada y compleja. En cuanto actividad económica, está encaminada, en primer lugar, a proporcionar la debida atención a las personas que se desplazan de sus domicilios atraídas por el deseo de conocer y disfrutar de determinados aspectos de la realidad de un país, aspectos que se eligen de esta forma en productos turísticos.

La actividad turística debe orientarse, pues, al cuidado, promoción y explotación de aquellos recursos y actividades que se consideran adecuados para producir un incremento de flujos de este tipo y, en consecuencia, para aumentar la incidencia del turismo como recurso económico.

De esta manera, si desde una perspectiva cualitativa el turismo de Andalucía ofrece la característica de la diversidad, desde una perspectiva cuantitativa el turismo se presenta como la primera industria de nuestra economía en un proceso de pujanza y dinamismo, según revelan los indicadores económicos de los últimos años.

Es decir, el turismo, en la actualidad, es un fenómeno de masas que provoca importantes flujos económicos y, por tanto, es un recurso económico de primer orden, especialmente en Andalucía, por lo que se ha convertido en un verdadero sector estratégico de política social y económica trazados por el Gobierno de coalición andaluz y es un factor de universalización de culturas, conocimiento y comprensión de los diversos pueblos.

Bajo estas premisas, el proyecto regula, en su Título I, el objeto y fines de la Ley con la intención de que se obtenga el mayor provecho de los recursos turísticos, dentro del máximo respeto y cuidado de la cultura y tradiciones andaluzas y según las pautas del principio de sostenibilidad. Andalucía se concibe

como un destino turístico integral, que ofrece múltiples facetas aglutinadas desde la perspectiva de una realidad unitaria que tiene su propia y subyugante personalidad y que, como tal, debe hacerse llegar a los turistas, sobre todo, en las campañas de promoción más allá de nuestras fronteras.

Aunque tradicionalmente se ha dicho que no es misión del legislador formular definiciones, es, sin embargo, una práctica muy arraigada en los últimos tiempos ofrecer en el frontal mismo de las leyes los conceptos básicos de la materia que constituye su objeto de regulación. Así, la Ley define los conceptos de actividad, recurso, servicios, Administración, empresas, trabajadores, usuarios y establecimiento turísticos, para acotar, de forma precisa, el contenido de la regulación y plantear unos puntos de referencia claros a la hora de interpretar y aplicar la Ley.

El Título II establece los ámbitos competenciales de las distintas Administraciones públicas en materia turística. Previamente configura la Administración turística como el conjunto de órganos y entidades de naturaleza pública con competencias específicas sobre la actividad turística. En ella confluyen la Administración autonómica y las entidades locales que, sobre todo en el caso de los municipios, van a desempeñar unas funciones clave en la ordenación de importantes aspectos de esta actividad.

Por ello, en el capítulo II de este Título II, se aborda la figura del Municipio Turístico. La filosofía de su tratamiento se basa en dos premisas fundamentales: en primer lugar, que los servicios que presta el Municipio son básicos para la satisfacción del turista. En efecto, la seguridad, la tranquilidad, la limpieza, los aparcamientos, la información, el estado de las playas, de los parques y jardines, etc. En segundo lugar, el reconocimiento de que los Municipios turísticos soportan un número de usuarios de sus servicios muy superior al de los Municipios no turísticos, ya que la población efectivamente asistida excede, con mucho del número de vecinos y, por tanto, precisan de una ayuda suplementaria.

Por esto, la declaración de Municipio Turístico debe implicar la puesta en marcha de una acción de fomento por parte de la Junta de Andalucía de la que habrán de beneficiarse los Ayuntamientos, en el marco de una acción concertada de recíproco apoyo y compromiso.

En este punto, la Ley define, lo que constituye una novedad con respecto a las leyes autonómicas que hasta ahora se han ocupado del tema: El propio concepto de población turística asistida, entendida como la población no avecinada en el municipio pero con estancia temporal en el mismo por razones de visita turística, segunda residencia o alojamiento turístico.

La iniciativa para tal declaración debe partir, necesariamente, de los propios municipios afectados, siendo preceptivo el acuerdo plenario del Ayuntamiento correspondiente, adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. La declaración de Municipio Turístico será competencia del Consejo de Gobierno, oído el Consejo Andaluz de turismo. De este régimen se excluyen a las grandes ciudades que, por sus perfiles y características propias, deben ser objeto de un tratamiento específico en el Plan General del Turismo.

En el Capítulo III de este mismo Título II, la Ley adscribe a la Consejería competente en materia turística tres órganos: el Consejo Andaluz del Turismo, el Consejo de Coordinación Interdepartamental en materia de Turismo y la Oficina de la Calidad del Turismo.

La creación del Consejo Andaluz del Turismo responde a la convicción, expresa en el Pacto Andaluz por el Turismo, de que el turismo, aunque es una actividad fundamentalmente privada, está condicionado de manera decisiva por la orientación de las políticas públicas, y que, por ello, su planificación debe realizarse en estrecha colaboración con las organizaciones empresariales y sindicales, fomentando la cooperación entre los agentes públicos y privados y la participación de la sociedad andaluza en su conjunto en la apuesta por la construcción de un turismo moderno, competitivo y sostenible en Andalucía. El Consejo Andaluz del Turismo nace así, como un órgano consultivo y de asesoramiento de la administración turística de la Junta de Andalucía, dotado de amplias competencias, e integrado por representantes de las Entidades Locales andaluzas, de los trabajadores y de los empresarios.

El Consejo de Coordinación Interdepartamental en materia de turismo es un órgano de coordinación y consulta interna de la propia Administración de la Junta de Andalucía y responde a la necesidad de coordinar la labor de las distintas Consejerías cuyas materias tengan relación, directa o indirecta, con la actividad turística.

El tercer órgano que se crea es la Oficina de la Calidad del Turismo que se constituye como un órgano independiente cuya finalidad es velar por la efectividad de los derechos que la Ley reconoce a los turistas y garantizar la calidad de los servicios prestados en Andalucía, teniendo como funciones principales la de velar por la calidad de los servicios que se presten e investigar los aspectos económicos, sociales o laborales que pueden incidir en la calidad del turismo, formulando propuestas a la Consejería de Turismo sobre los criterios para otorgar distintivos a aquellos servicios o establecimientos que lo merezcan por su especial calidad.

En su Título III, la Ley establece los instrumentos de ordenación y promoción para que la Administración turística pueda estimular un crecimiento ordenado y sostenible del sector turístico, salvaguardando el medio natural y nuestro patrimonio histórico y cultural. Entre estos instrumentos destaca, por su vocación integral, el Plan General del Turismo, llamado a definir el modelo y la estrategia de desarrollo turístico de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de su concreción, a través de programas ejecutivos, tales como la declaración de Zonas de preferente actuación turística, para aquellas comarcas o áreas territoriales que demanden una específica acción ordenadora o de fomento, los Programas de recualificación de destinos, con criterio de recuperación ambiental, mejora de la calidad y de equilibrio territorial para aquellas comarcas que se hayan visto afectadas por desequilibrios estructurales derivados del rápido crecimiento o que soporten un nivel excesivo de densidad turística y los Programas de turismo específicos para el impulso de determinados subsectores turísticos emergentes.

En este Título, quiero destacar, de manera especial, la declaración legal de Andalucía como destino turístico integral, favoreciendo así la promoción de conjunto de Andalucía como una oferta turística unitaria, sin perjuicio de la creación de denominaciones geoturísticas específicas.

La Ley, también, eleva a rango legal otros instrumentos que han acreditado su efectividad en la promoción del sector, como las declaraciones de interés turístico y los incentivos a la calidad, que hasta la fecha se encontraban regulados en disposiciones reglamentarias, así como la creación de la figura de los Entes Zonales de Promoción, que pretenden aunar esfuerzos en la promoción de determinadas áreas.

Por último, en este Título, la Ley crea la Red andaluza de Oficinas de Turismo con el objetivo de integrar en un mismo sistema todas aquellas oficinas que se ajusten a unos estándares de prestación de servicios y de calidad.

En el siguiente Título, la Ley regula los derechos y obligaciones en materia de turismo siendo su finalidad, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que la legislación sobre consumidores y usuarios reconoce a los turistas, la de garantizar sus específicos derechos y concretar sus obligaciones. De igual modo, el Capítulo II regula los derechos que competen a las empresas turísticas que cumplan con las obligaciones establecidas en la Ley.

El Título V se refiere a la Ordenación de la oferta turística y contiene la regulación sustantiva básica de los servicios y establecimientos turísticos en general. Su finalidad es configurar el marco jurídico de los servicios y establecimientos turísticos y establecer las condiciones básicas que han de reunir para respetar y proteger el medio ambiente, el paisaje y la cultura andaluza. A este respecto, la Ley declara como servicios turísticos a los de alojamiento, restauración, intermediación y los de información turística, si bien prevé que reglamentariamente se podrán reconocer carácter turístico a cualesquiera otros servicios complementarios o actividades relacionadas con el ocio, tales como el turismo ecuestre, las salas de fiesta y las discotecas.

Entre otros aspectos, La Ley regula los criterios y el procedimiento de las clasificaciones turísticas, los requisitos mínimos de infraestructura, seguridad, accesibilidad y medio ambiente de los establecimientos, las normas de acceso y permanencia en los mismos, el nuevo registro del turismo de Andalucía, las clases de establecimiento de alojamiento turístico y la regulación básica del fenómeno de la sobrecontratación.

El proyecto elimina la autorización turística autonómica para el ejercicio de la actividad. A su vez, la inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía, será requisito indispensable para el inicio de la prestación de los servicios turísticos y para poder acceder a las ayudas y subvenciones.

La Ley enumera, también, las distintas modalidades de alojamiento turístico, aunque deja abierta la creación de nuevas modalidades a través de reglamento.

Entre estas modalidades se encuentran los distintos grupos de Hoteles, clasificados en Hoteles propiamente dichos, Hostales y Hoteles-apartamentos, los apartamentos turísticos, los inmuebles de uso turístico en régimen de aprovechamiento por turno, los camping y los balnearios. Así mismo, define la casa rural como modalidad de alojamiento turístico cuando estos establecimientos típicos prestan servicios complementarios al alojamiento.

En una sección distinta trata las viviendas turísticas, tanto las vacacionales como las de alojamiento rural, caracterizadas por la no prestación de servicios y, por lo tanto, sometidas a la legislación especial de arrendamientos urbanos, sin perjuicio de la habilitación que se realiza al reglamento para determinar mínimos de calidad en aras a la defensa de los usuarios turísticos.

A continuación, la Ley regula el servicios de restauración estableciendo su concepto y tipología. Es de destacar que la Ley no sólo reconoce como tales a los restaurantes y cafeterías sino que incorpora la novedad de considerar en esta categoría a determinados bares cuyas peculiares características así lo requieran, según establezca el reglamento de desarrollo. También reglamentariamente podrán clasificarse otros establecimientos distintos de los señalados.

Igualmente se regulan las empresas de intermediación turística, especialmente las agencias de viaje y las centrales de reserva, si bien se habilita a que reglamentariamente se incorporen a esta actividad otras empresas que tengan por objeto nuevas modalidades de intermediación, tales como la organización profesional de congresos.

Por último, en este Título, se regulan los servicios de información turística siguiendo los principios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A tal efecto se sienta el principio de que el servicio es libre, sin perjuicio de las disposiciones vigentes sobre información turística en los viajes colectivos y sobre guías de turismo.

El Título VI y último de la Ley aborda el régimen sancionador de la actividad turística, sustituyendo, por tanto, a la Ley 3/1986, de 19 de abril, de inspección y régimen sancionador en el ámbito del turismo. De este modo, se adaptan las disposiciones sancionadoras a las reglas generales introducidas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.

En materia de inspección turística, las novedades principales, en relación con la Ley 3/1986, son la regulación de las funciones o cometidos generales de la inspección turística, los deberes recíprocos de colaboración entre los distintos organismos públicos, la introducción de los planes de inspección

programada, así como la regulación con mayor precisión de las facultades de la inspección, tales como la citación a comparecencia, la formulación de advertencias de obstrucción y la posibilidad de adoptar medidas precautorias en casos excepcionales.

En relación con las infracciones turísticas, se ha ajustado su tipificación a los deberes y prohibiciones legales establecidos en la Ley, y se ha procedido a una más precisa acotación de los sujetos responsables administrativamente y de los efectos jurídicos en caso de concurrencia de infracciones sancionadoras administrativas y penales. Asimismo se ha sustituido el plazo único de prescripción de la Ley 3/ 1986 por una escala de plazos de prescripción en función de la gravedad de la infracción.

En cuanto a las sanciones administrativas, además de la necesaria actualización de la cuantía de las multas, se han introducido preceptos complementarios en relación con los órganos competentes para la imposición de sanciones, la devolución de lo indebidamente percibido y la imposición de multas coercitivas.

Estamos convencidos de que este texto, que hoy he tratado de exponer en sus aspectos más importantes, será una Ley útil para el sector y, por lo tanto, para crear riqueza y empleo en Andalucía, no sólo porque técnicamente considero que es una buena Ley, sino, sobre todo, porque se ha realizado con la participación y el consenso de los verdaderos protagonistas de la oferta turística andaluza, trabajadores, empresarios y administraciones turísticas.

Sólo me queda darles las gracias por su invitación para exponerles el contenido de la futura Ley del Turismo de Andalucía y ponerme a su disposición por si pudiese aclararles cualquier cuestión sobre la Ley que les resulte de interés, de las muchas que sin duda pueden ser objeto de un apasionante debate.

19
EL
MUNICIPIO
TURÍSTICO

EL MUNICIPIO TURÍSTICO*

José Luis Rivero Ysern

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

Ilma. Sra. Viceconsejera, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, señoras y señores:

Aunque de forma breve deseo usar la palabra. En primer término para agradecer a la Consejería de Turismo y Deporte la confianza depositada en mí y en el equipo de trabajo que dirijo- los profesores Morillo Velarde, Fernández Ramos y Mariscal Ruiz- para elaborar un borrador de Anteproyecto de Ley de Turismo de Andalucía. Me felicito en este punto asimismo por la colaboración que mantenemos el Profesor Aurióles y yo mismo. El profesor Aurióles ha asumido los aspectos más iusprivatistas de la ley con su habitual buen hacer.

Y en segundo término para manifestar mi desacuerdo con alguna de las objeciones que, tanto en estos últimos días en la prensa como en esta reunión, se han vertido contra el anteproyecto que hoy se presenta. Se ha tachado a la ley de contraria a la autonomía local por violentar las competencias provinciales. Del examen de los preceptos del texto que presentamos no puede deducirse tal conclusión. La ley viene a reconocer a la provincia las tareas de promoción y apoyo económico a los municipios en materia de fomento y promoción turística que es, en esencia, la labor más importante que deben asumir estos entes. Por otra parte, en modo alguno se sustraen competencias; la ley respeta expresamente en este punto el sistema de definición de las competencias locales al referirse al marco diseñado por la propia legislación de Régimen local. La autonomía local, constitucionalmente garantizada, se respeta en el texto al reconocer a los entes locales un derecho a la participación efectiva y no meramente nominal en la gestión de los servicios cuya competencia ostente conforme a la legislación básica de régimen local así como en la promoción de los recursos turísticos, todo ello sin perjuicio de las competencias que en ellos se puedan delegar.

Más aún, la ley aborda con decisión uno de los más graves problemas de los municipios de nuestra comunidad, aquellos cuya especialidad radica en la presencia de una población flotante por motivos turísticos de diversa naturaleza que convierte en especialmente compleja la efectiva prestación de los servicios mínimos especialmente los de limpieza, policía, protección del medio ambiente, etc...

* Texto de la intervención en la Mesa Redonda sobre "La futura Ley de Turismo de Andalucía", celebrada el día 21 de mayo de 1998, dentro de las I Jornadas de Derecho Turístico.

Al hacerlo así, la ley utiliza la habilitación que le otorga el título que se considera prevalente en la regulación, esto es la ordenación y promoción del turismo. Es cierto que la regulación puede afectar simultáneamente a otros títulos competenciales como puede ser el medio ambiente o, más específicamente, el Régimen local. El Anteproyecto es consecuente, sin embargo, con la doctrina de nuestro Tribunal constitucional en el sentido de que cuando son varios los títulos competenciales que inciden en la regulación de una materia ha de prestarse atención preferente al que suponga la regla más general, esto es, repetimos, al que sea objeto prevalente de la regulación.

Partiendo de esta habilitación competencial la ley no podía ignorar la grave situación de los municipios turísticos andaluces sin arbitrar medidas eficaces para atajar o aliviar estos problemas. Lo hace con las limitaciones que se derivan de la imposibilidad para el legislador andaluz de modificar la Ley de Haciendas locales lo que a buen seguro sería la forma más eficaz de atajar los problemas. Sin poder realizar estas modificaciones la ley diseña, sin embargo, una política de fomento y ayuda en la que se implica de forma completa al municipio afectado que es quien voluntariamente puede iniciar la declaración del municipio como municipio turístico.

La ley define el municipio turístico partiendo de unos criterios que se han considerado clave: la población turística asistida, el número de visitantes y la oferta turística. Especialmente elaborada ha sido la definición de la población turística asistida que se considera "la constituida por quienes no ostenten la condición de vecinos del municipio, pero tengan estancia temporal en el mismo por razones de visita turística, segunda residencia o alojamiento turístico". Para su determinación la ley admite varios medios de prueba a determinar reglamentariamente. Los servicios de salubridad e higiene en el medio urbano y natural, la protección civil y la seguridad ciudadana se consideran servicios de atención prioritaria en esta modalidad municipal. Esperemos y confiemos en que la praxis certifique la idoneidad de las medidas adoptadas. La tarea que se presenta es una tarea compartida entre las diversas administraciones locales y la propia Administración autonómica en la que los entes locales tienen el protagonismo asumiendo la Administración autonómica una labor de fomento y control. No puede hablarse en sede de relaciones interadministrativas en el Anteproyecto, de olvido de los entes locales. Ellos asumen, por el contrario, un claro protagonismo en el marco de unas relaciones de colaboración, cooperación y coordinación con la Administración autonómica.

**2. LA LEY 42/1998, DE 15 DE DICIEMBRE,
SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO
POR TURNO DE BIENES INMUEBLES
DE USO TURÍSTICO Y NORMAS TRIBUTARIAS**

20
TRIBUTACIÓN
DE LOS
DERECHOS
DE APROVECHAMIENTO
POR TURNO
EN LA LEY 42/1998

TRIBUTACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO EN LA LEY 42/1998*

Víctor Gómez de la Cruz Talegón

Abogado

Ernst & Young Despacho Jurídico Tributario

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 42/1998 ha partido de la base de que cuatro artículos, números 17 a 20 -incluidos en su Título II- y una Disposición Adicional (que se limita como la mayoría de normas tributarias a recordarnos la prevalencia de las posibles especialidades de los regímenes fiscales forales) dedicados a la regulación de las normas tributarias que de una forma u otra afectan a los derechos de aprovechamiento por turno en ella regulados son suficientes. A priori, efectivamente tan parca regulación debería ser suficiente puesto que no hay nada en la configuración general del sistema que justifique una extensa regulación fiscal específica y diferenciada de los sujetos que de una forma intervienen en la industria a que hacemos referencia.

Sin embargo, si bien esto es cierto no lo es menos que, en la práctica, a la hora de aplicar las disposiciones fiscales generales en numerosos casos se plantean importantes dudas desde hace años que la Administración no ha sabido resolver otorgando a los contribuyentes un marco jurídico seguro de forma que conozcan desde el principio cuales son y cómo se articulan sus obligaciones tributarias para con el Fisco Español.

Si a lo anterior unimos que en alguna de las disposiciones incluidas en la ley no son sino una mera reiteración de las ya establecidas por las normas fiscales aplicables en la materia (véase por ejemplo la poco innovadora disposición que nos recuerda que los servicios incluidos en el artículo 91.uno.2. segundo de la Ley 37/1992, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, tributarán por este impuesto al tipo del 7%), llegamos a la conclusión de que en materia tributaria las aportaciones de esta ley son bastante escasas.

La consecuencia directa de ello es que como adelantábamos en párrafos anteriores habrá de acudir a las leyes fiscales de carácter general para conocer el régimen tributario de los sujetos relacionados de una forma u otra con los derechos reales de aprovechamiento por turno y de aquellos no lo olvidemos relacionados con el resto de derechos nacidos al amparo de regímenes preexistentes que vayan a continuar existiendo con sus propias peculiaridades, ya sea el sistema más extendido Club-trustee con todas sus variantes u otros.

* Texto de la intervención en la Mesa Redonda sobre "La ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias", celebrada el día 16 de abril de 1999, dentro de las II Jornadas de Derecho Turístico.

Dado que el objetivo marcado no es otro que analizar el nuevo régimen de derechos de aprovechamiento por turnos establecido en la Ley 42/1998, tratamos a continuación de ofrecer unas breves pinceladas sobre la situación tributaria de los principales sujetos intervinientes en el nuevo sistema fijado por la Ley, prescindiendo del análisis pormenorizado de la situación en que se encuentran muchos de los intervinientes en regímenes preexistentes -extremo sobre el que habría mucho que comentar- y que dependerá además de la forma en que el mismo se haya articulado.

En este contexto, analizaremos los principales impuestos directos e indirectos que afectan tanto a los promotores, sociedades intermediarias en la compraventa de derechos, compradores finales de tales derechos, etc., de forma que el lector disponga de una guía adecuada que le permita conocer las consecuencias fiscales básicas relacionadas con la constitución y la compraventa de los derechos de aprovechamiento por turno bajo el nuevo régimen configurado en la Ley 42/1998.

2. IMPUESTOS INDIRECTOS

En este apartado se pretenden analizar la imposición indirecta de las principales transacciones que se realizarán al amparo del nuevo régimen introducido por la Ley 42/1998.

i) Adquisición del inmueble por el propietario-promotor

Sólo unas líneas para recordar que por aplicación de la normativa de carácter general (LIVA y LITP-AJD) la adquisición del inmueble podrá quedar bien sujeta a IVA (y cuota gradual de AJD) bien sujeta al ITP, sin que exista especialidad alguna por el hecho de que el inmueble se vaya a destinar por el comprador a constituir derechos reales de aprovechamiento por turno.

ii) La constitución del régimen en escritura pública

Por aplicación de las reglas contenidas en la normativa general aplicable (artículos 28 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Impuesto, Real Decreto Legislativo 1/1993), la constitución del régimen mediante escritura quedará sujeta a ITP, modalidad de Actos Jurídicos Documentados.

iii) La promoción y venta de los derechos reales de aprovechamiento por turno por el promotor

La venta de derechos reales de aprovechamiento por turno consistirá a todas luces en una prestación de servicios sujeta al impuesto, ello por aplicación de las disposiciones pertinentes de la LIVA y por recordárnoslo así la propia Ley 42/98 ("Las prestaciones de servicios que consistan en la cesión de los derechos de aprovechamiento por turno ...").

La base imponible de la prestación del servicio consistente en la cesión será con carácter general la contraprestación acordada (siempre que no resulten de aplicación reglas especiales de determinación de la base reguladas en la LIVA: autoconsumo, prestaciones entre partes vinculadas, etc.)

Por aplicación del artículo 19.1.1º de la Ley 42/1998, el tipo aplicable a esta transacción será el 7% ("Se aplicará el tipo reducido del 7% a las siguientes operaciones: Las prestaciones de servicios que consistan en la cesión de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles contemplados en el artículo 1 de la presente Ley").

Por su parte el artículo 19.1. continúa indicando en su número siguiente que se aplicará igualmente el tipo reducido del 7% a "cualquier otra forma de utilización de los bienes inmuebles por período determinado o determinable del año con prestación de alguno de los servicios complementarios propios de la industria hotelera". Teniéndose en cuenta que en su primer artículo la propia ley se cuida mucho de prohibir cualquier otra forma de derecho a utilizar los inmuebles de forma compartida, sólo puede tener sentido esta disposición entendida como una referencia a la cesión de derechos constituidos al amparo de regímenes preexistentes.

En cuanto al devengo del impuesto, sería a nuestro juicio conveniente que la Administración aclarara esta cuestión porque estrictamente a tenor del artículo 75 de la LIVA el devengo del impuesto en las prestaciones de servicios se produce cuando se presten o se ejecuten las operaciones gravadas, con lo que en este supuesto el impuesto se devengaría en el momento de la cesión del derecho, momento que a priori debe coincidir con la formalización del contrato. Tal solución sin embargo no deja de ser chocante con la prohibición expresa que impone la ley al propietario-promotor de recoger anticipos.

En efecto, una aplicación estricta de la normativa implicaría que el promotor no podría recoger del comprador-consumidor ningún dinero hasta transcurrido el plazo marcado por la ley salvo el IVA. A pesar del carácter distorsionador de esta solución, a nuestro juicio, mientras la Administración o el legislador no enmienden esta cuestión no cabe con la legalidad en la mano propugnar una alternativa diferente.

iv) La intervención de agentes comercializadores

Los agentes o las sociedades comercializadoras pueden intervenir en la "colocación" de los derechos de dos formas distintas: bien actuando por cuenta propia (esto es comprando para sí y revendiendo derechos ulteriormente) bien por cuenta del promotor (bien en el nombre de éste bien en el suyo propio).

Cuando la intervención del agente o sociedad (en todo caso empresario a efectos del IVA) se produzca actuando éste por cuenta propia, el mismo soportará IVA al 7% al adquirir los derechos (por aplicación del artículo 19 de la Ley 42/98 comentado más arriba) e igualmente por aplicación del mismo artículo habrá de repercutir IVA al 7% en el momento en el que él ceda de nuevo el derecho previamente adquirido.

Cuando la intervención del agente o sociedad comercializadora se produzca por cuenta del promotor, la solución será diferente según que actúe en nombre propio o lo haga en nombre ajeno:

a) *La actuación en nombre propio* determinará la existencia de una prestación de servicios que realizará el propietario-promotor en favor del agente comercializador consistente en la cesión de los derechos. A su vez el agente prestará un servicio a los consumidores, consistente igualmente en la cesión de los derechos. Si la base imponible de la segunda prestación no presenta especialidad, la base imponible de la primera prestación vendrá constituida -ex artículo 79.8 LIVA- por la contraprestación o precio de venta del derecho al consumidor menos el importe de la comisión. Ambas prestaciones resultarán gravadas al tipo del 7%.

b) *La actuación en nombre ajeno* determinará asimismo la existencia de dos prestaciones de servicios, una del agente al promotor y la segunda, como siempre del agente al consumidor. De nuevo, si bien la segunda prestación no presenta especialidad ni en cuanto a determinación de la base ni en cuanto al tipo, señalaremos que por aplicación de la normativa reguladora del IVA, la base imponible de la prestación de servicios del agente al promotor vendrá constituida exclusivamente por el importe de la comisión y el tipo aplicable será el 16%, general del impuesto, puesto que no existe en este caso disposición alguna que establezca que el tipo aplicable será el reducido del 7%, ni en la Ley 42/98 ni en la normativa reguladora del IVA.

v) *La transmisión del derecho efectuada por un particular*

Lo primero que cualquiera tiene claro desde el principio es que la transmisión de su derecho por parte de un particular no puede quedar en modo alguno sujeta al IVA, por no ser en ningún caso los particulares sujetos pasivos de este impuesto. Sí entra la transmisión de estos derechos reales por particulares en el ámbito impositivo de otro impuesto indirecto, el ITP. Aunque lo normal sería simplemente remitirse a la regulación general de este Impuesto para determinar cuales sean la base imponible el tipo de gravamen aplicables, en este caso la Ley 42/98 ha venido a crear confusión sobre este tema. En efecto, la Ley 42/98 con una sorprendente redacción ha venido a establecer en su artículo 20 que "A las transmisiones entre particulares no sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido o al Impuesto General Indirecto Canario de los derechos contemplados en la presente Ley, cualquiera que sea su naturaleza, les será aplicable el tipo del gravamen del 4 por 100 en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados".

La desafortunada redacción del artículo transcrito causa extrañeza por dos motivos: En primer lugar requiere que las transmisiones entre particulares se encuentren *no sujetas* al IVA, extremo que no acertamos a comprender ya que no acertamos a averiguar en qué supuestos podría una transacción cualquiera entre particulares quedar sujeta a IVA. Pero en segundo lugar, requiere para la aplicación del tipo del 4% que la transacción se efectúe *entre particulares*, con lo que parece requerirse que no sólo

el transmitente haya de ser un particular sino también el adquirente. Literalmente pues, la Ley 42/98 establece una distinción en cuanto al tipo aplicable a las transmisiones de derechos de aprovechamiento por turnos realizadas por particulares y así si el adquirente es otro particular, el tipo aplicable a la transacción será el 4%, pero si el adquirente es un profesional o empresario -actuando como tal- el tipo aplicable sorprendentemente será el 6%. No sabemos dada la ausencia de un pronunciamiento expreso de la Administración al respecto si efectivamente es esta una consecuencia buscada y querida por el legislador, aunque lo cierto es que en pura técnica jurídica, no existe ahora mismo soporte normativo alguno que ayude a mantener que la transmisión realizada por un particular a un empresario o profesional haya de tributar por ITP al tipo del 4%.

vi) Servicios prestados por la sociedad de mantenimiento

A tenor del artículo 19.1.3º de la Ley 42/98 se aplicará el tipo reducido del 7% a los servicios contemplados en el artículo 91.uno.2..segundo de la Ley 37/92 prestados por las sociedades a que se refiere el artículo 4.3.

Ya comentábamos al comienzo que el legislador podía haberse ahorrado tan poco innovadora disposición. En efecto si el artículo 91.uno.2.segundo de la LIVA ya establece que los servicios de hostelería y restaurante resultarán gravados con carácter general al tipo del 7%, no hacía falta alguna que la Ley 42/98 volviera a repetirlo. En nuestra opinión y basándonos en la motivación de la enmienda por la que se introdujo tal disposición, la intención del legislador habría sido someter al tipo del 7% no sólo los servicios de hostelería y restaurante prestados por las sociedades de mantenimiento (servicios que conforman su principal actividad) sino la totalidad de los servicios que éstas presten a los usuarios de los complejos de manera habitual. No obstante, reiteramos que dada la desafortunada redacción del precepto literalmente esta solución no se sostendría.

3. IMPUESTOS DIRECTOS

Al analizar la imposición directa por razones de sistemática y claridad hemos preferido estructurar la exposición en función de los sujetos intervinientes, más que en razón de las transacciones efectuadas por ellos.

i) Propietario-promotor

No encontramos en la Ley 42/98 ninguna referencia expresa a la tributación del propietario-promotor, con lo que habrá de acudir a las reglas establecidas con carácter general en la LIS y normativa de desarrollo. En este contexto es complicado tratar en este punto toda la problemática concreta que se pueda plantear en la práctica a estos sujetos, por lo que simplemente se hará una referencia básica a la forma de determinación general del resultado del promotor.

No existiendo en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades disposición alguna dedicada a este tema, se habrá de acudir a la normativa contable -aunque su aplicación pueda verse corregida por la aplicación de las normas que regulen las peculiaridades fiscales-

Pues bien, tampoco existen disposiciones contables específicas reguladoras de la materia aunque es cierto que al elaborarse las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Inmobiliarias sí se estudió el tema, aunque finalmente sólo comentaron una serie de principios generales en la Exposición de Motivos de la Orden citada sin que los mismos se tradujeran en disposición vinculante alguna. A tenor de los principios básicos referidos un sistema lógico de contabilización y determinación del beneficio de las sociedades propietarias-promotoras pasaría por los siguientes pasos:

1) Contabilización de los inmuebles en el activo del balance como inmovilizado material, con aplicación general sobre normas de amortización y provisiones.

Vía provisión o al menos en la Memoria debería hacerse constar a nuestro juicio la pérdida de valor que implica de hecho la propia constitución del régimen y venta de los derechos, ya que una vez vendidos éstos a nadie se le escapa que hasta la finalización del régimen el verdadero valor de realización de los inmuebles queda casi reducido a cero. A medida que se acerque la finalización del régimen la pérdida de valor experimentada por los inmuebles se irá recuperando.

2) Imputación de los ingresos correspondientes a la venta de los derechos a lo largo de la vida del régimen.

ii) Sociedad de mantenimiento

Al igual que en el supuesto analizado, el régimen aplicable a la sociedad de servicios vendrá determinado por la aplicación de la normativa general reguladora del Impuesto sobre Sociedades, ya que no existe especialidad alguna a este respecto en la Ley 42/98.

En la medida en que no creemos que la aplicación de las normas generales a las sociedades de mantenimiento entrañe especial dificultad, ya que de no ser por situaciones particulares no deben plantearse especialidades significativas para la determinación del resultado, base imponible y cuota de estas sociedades, no nos adentramos en su estudio.

iii) Compradores-consumidores particulares de los derechos

Dos son los impuestos directos que afectarán a los compradores particulares de derechos de aprovechamiento por turno: El Impuesto sobre Patrimonio y el Impuesto sobre la Renta de las Personas

Físicas -para compradores residentes fiscales en España- o el Impuesto sobre la Renta de No Residentes -para compradores residentes en el extranjero-.

a) Impuesto sobre el Patrimonio.

La Ley 42/1998 simplemente establece en su artículo 18 que los derechos de aprovechamiento por turno contemplados en la ley se valorarán según lo previsto en el artículo 10.3.b) de la Ley 19/1991 reguladora del Impuesto sobre Patrimonio.

A tenor de dicho artículo 10.3.b) los derechos de aprovechamiento por turno -que no comportan la titularidad parcial del inmueble de que se trate- se valorarán a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio por su precio de adquisición, sin exención alguna en función del período adquirido y esto tanto para residentes como para no residentes -a salvo claro de lo que puedan establecer los convenios de doble imposición aplicables en cada caso-.

b) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas / Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

De nuevo hemos de acudir a las normas generales reguladoras del IRPF o IRNR para conocer la situación y obligaciones tributarias de los particulares adquirentes de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la medida en que la Ley 42/98 no incluye ninguna disposición especial al respecto. Con carácter general, el derecho de aprovechamiento por turnos será susceptible de generar en su titular tres tipos de renta:

- 1) Imputación de rentas derivada de la mera titularidad del derecho.
- 2) Rendimientos del capital inmobiliario, derivado del arrendamiento del derecho.
- 3) Ganancia o pérdida patrimonial derivada de la transmisión del mismo.

Analizaremos en este apartado los puntos 1) y 3) por entender que serán los más usuales en la práctica.

De este modo acudiremos al artículo 71.3 de la Ley 41/98, reguladora del IRPF que en sede de imputación de rentas establece lo siguiente:

“En los supuestos de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles la imputación se efectuará al titular del derecho real, prorrateando la base liquidable del Impuesto sobre Bienes Inmuebles en función de la duración anual del período de aprovechamiento.

Cuando no pueda determinarse la base liquidable, se tomará como base de imputación el precio de adquisición del derecho de aprovechamiento.

No procederá la imputación de renta inmobiliaria a los titulares de derechos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles cuando su duración no exceda de dos semanas al año”

En definitiva la disposición transcrita viene a establecer que aquellos titulares de derechos cuyo período total sea superior a dos semanas al año natural, deberán imputarse la renta derivada del inmueble determinada según las reglas generales del IRPF (2% del valor catastral sin revisión después del 31 de diciembre de 1994 o 1,1% para valores catastrales revisados con posterioridad a esa fecha) y en la proporción que corresponda a su período de permanencia. A falta de base liquidable del IBI o lo que es lo mismo a falta de valor catastral se tomará como base de imputación el precio de adquisición del derecho. No especifica la ley el porcentaje a utilizar en este caso aunque por coherencia con la sistemática general del impuesto, entendemos que el titular debería imputarse el 1,1% del precio de adquisición de su derecho.

Respecto a la posible ganancia o pérdida patrimonial nos limitaremos a recordar que como cualquier otro bien o derecho de contenido patrimonial siempre que produzca una alteración en el patrimonio de su titular que conlleve una variación del valor, el titular podrá obtener una ganancia o pérdida patrimonial sometida a las reglas generales del impuesto en cuanto a su determinación y consecuencias.

Por último, indicaremos que por remisión de la LIRNR a la normativa de IRPF, estas mismas reglas serán aplicables a los titulares de derechos que sean no residentes, salvo que los convenios de doble imposición aplicables en cada caso concreto establezcan alguna especialidad.

21

PRAXIS JURISPRUDENCIAL
EN MATERIA DE
MULTIPROPIEDAD Y
ANÁLISIS VALORATIVO DE LAS
FUTURAS REPERCUSIONES
DE LA LEY 42/1998

PRAXIS JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE MULTIPROPIEDAD Y ANÁLISIS VALORATIVO DE LAS FUTURAS REPERCUSIONES DE LA LEY 42/1998*

José Calvo González

**Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Magistrado Suplente de la Audiencia
Provincial de Málaga**

Quizás sea lo mejor, y primero por cuanto más prudente, advertir que mi presencia en estas II^{as} Jornadas de Derecho Turístico, a invitación que sinceramente agradezco de sus organizadores, relaciona por doble vertiente tanto con mi actividad académica en Filosofía del derecho, como asimismo con la función jurisdiccional que vengo desarrollando al actuar de Magistrado suplente en varias Salas civiles de nuestra audiencia Provincial.

El fenómeno conocido como "Multipropiedad" ha de suscitar el interés de un filósofo del derecho en cuanto sirve para ilustrar la importancia de ciertas transformaciones operadas en torno a la teoría y dogmática de la propiedad. A pesar de que la Ley 42/98 haya suprimido toda referencia a expresiones que contengan la dicción "propiedad", creo que no obstante bien puede decirse que la experiencia jurídica de la *multipropiedad* patentiza la superación de una teoría clásica o tradicional de la propiedad por otra de vocación analítica, inaugurando en ella, además, pues se trata de un fenómeno con apenas medio siglo de existencia, una dimensión que denominaría tardomoderna. Recordemos que la teoría tradicional sostuvo por propiedad aquello (*cosa*, sustancia) que en un determinado momento pertenecía a una y sólo a una persona, de donde su transferencia era siempre un evento concentrado en un determinado momento; desde una visión teórica más analítica se ha defendido en cambio que la propiedad se presenta como un medio para describir la complejidad de la posición de un sujeto jurídico en la sociedad, consistente en el conjunto de relaciones (llámense poderes, facultades, derechos subjetivos) entre el propietario y otras personas, de donde ser propietario es tanto como hallarse jurídicamente protegido frente a otros.

Naturalmente, la adopción de esta óptica determina que sea posible hablar de propiedad en varios diferentes sentidos, dependiendo de qué relaciones se interpreten como esenciales, y que su transferencia (disposición) no aparezca ya necesariamente como un evento concentrado, sino más bien sucesivo.

* Texto de la intervención en la Mesa Redonda sobre "La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias", celebrada el día 16 de abril de 1999, dentro de las II Jornadas de Derecho Turístico.

En este sentido, la dogmática tardomoderna pone hoy de relieve que para examinar y comprender determinadas formas y/o ejercicios del derecho de propiedad, así como para evaluar el alcance que deba concederse a su transferencia, especialmente en materia de inversión inmobiliaria, conviene tener presente la amplia gama de perspectivas (expectativas) socioeconómicas que pudieren quedar concernidas, y ser así capaz de acoger, además de las formas absolutas jurídico-reales de protección patrimonial, también nuevos perfiles en las jurídico-reales limitadas y las jurídico-personales ya existentes, y junto a todo ello, igualmente, velar no sólo en el modo y manera tradicional por los derechos y deberes de disponentes y adquirentes sino, en especial respecto a estos últimos, mediante singulares fórmulas de garantía jurídica en cuanto titulares de derechos revestidos de específica protección como consumidores y usuarios. Materia de "protección a los consumidores y usuarios" que tampoco resulta ajena al interés científico de la Teoría y Filosofía de derecho, sensible a los llamados "derechos" de tercera generación; es decir, interesada por la evolución, sistemática y eficacia jurídica de los subsiguientes a los derechos civiles y políticos en tanto que primera y segunda generación de derechos humanos; o lo que es igual, atenta a los "derechos sociales, económicos y culturales" y a la repercusión que éstos han llevado sobre la morfología y sintaxis tradicional de "los derechos" sea por instaurar primero deberes que luego correlacionan hacia derechos subjetivos, o por la especificidad de los titulares de algunos de tales derechos, o a través de la aparición de deberes sin titular del derecho o respecto al tiempo de su ejercicio¹

También, claro es, la *multipropiedad* ha abierto nuevos panoramas en la teoría del negocio jurídico, para lo referente a la dogmática del derecho obligaciones y la teoría del contrato.

Toda esta reflexión, en cualquier caso, ha sido responsable ir maquetando "en derecho" ya lo largo de los últimos 50 años lo que en distintos lugares, con diferente *nomen iuris* y virtualidad jurídica fue apareciendo como "derecho real de habitación periódica" (Portugal), "atribución de inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido" (Francia), "atribución de viviendas turísticas en régimen de arrendamiento a tiempo compartido" (Grecia), "Time-sharing & Real Property" (en varia modalidad de *part-ower* por Inglaterra e Irlanda), "transmisión de derechos de disfrute de inmuebles a tiempo parcial" (Alemania), "adquisición de derechos de uso a tiempo parcial de bienes inmuebles" (Austria), "adquisición de bienes a tiempo compartido" (Suecia), o "compra -y a veces permuta- de derechos de uso a tiempo compartido de bienes inmuebles" (Países Bajos).

Del sólo repaso, por fuerza somero², al panorama del derecho comparado fácilmente se colige que la experiencia de lo que en adelante vendría a popularizarse, más o menos impropriadamente, como "multipropiedad" nació a la realidad del tráfico jurídico con una naturaleza de configuración plural - derecho real puro, derecho real limitado y sociedad anónima- en la que coexistían por tanto tres formas contractuales reconocibles, bien que con frecuencia comunicables, respectivamente atinentes a la

¹. V. gr., además de los derechos de consumidores y usuarios, los derechos de la mujer, derechos de la infancia, derechos de las minorías, derechos de protección a los animales, derechos de protección mediambiental, el habeas data, derecho a la Paz, derecho al desarrollo, de los pueblos en el plano internacional.

². Más extensamente P.A. BERNAT, *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

adquisición a) de un derecho dominical de servidumbre, usufructo o comunidad proindiviso, b) de un derecho personal basado en relaciones jurídico-obligacionales de derecho de uso y disfrute, prototípicamente el arrendamiento de temporada y por último, c) de una participación accionarial o porcentual en una sociedad inmobiliaria, conferidora del derecho al disfrute de una propiedad inmueble durante un determinado período de tiempo, o “régimen de sociedad” o “sistema de club”.

Los problemas que así enfrentó la praxis jurisdiccional en instancia o en apelación se situaron, con carácter previo al examen del asunto de litis, en la determinación de la naturaleza del derecho objeto del contrato, destacando como de mayor incidencia litigiosa la del “sistema de club”, esto es, la suscripción de un contrato de adquisición de la cualidad de socios de un club o sociedad con derecho de uso temporal de un apartamento y utilización de instalaciones y servicios comunes del mismo, a menudo incluyendo posibilidad de intercambio, facultad de disposición etc...

A veces esa identificación resultó ya bastante para dar respuesta a determinadas reclamaciones, por lo general tendentes a obtener la nulidad del contrato, luego a advertir que en efecto existía desconformidad entre lo ofertado por el predisponente y lo suscrito por el adquirente (v. gr., contratos tendencialmente presentados como de compraventa y adquisición de propiedad que en realidad suponían la adquisición de una cuota o certificado de socio en un sistema de club). Tal verificación pasaba por el atento examen del documento negocial, en general exigiendo la fijación del significado y sentido de las expresiones discutidas reconduciéndolas a través del criterio interpretativo llamado literario o gramatical, configurable tanto por conexión entre los términos o expresiones utilizados en su redacción, como en función a la sustancia de la cosa objeto del negocio y su concordancia o no con lo manifestado en otras específicas partes del documento, por ejemplo condicionados generales o clausulados de regulación, y para con el propio encabezamiento.

El análisis filológico servía en último extremo para, a su vez, poner al descubierto problemas de vicio (ignorancia) o padecimiento de error invalidante en la emisión del consentimiento, en cuya apreciación fue operativo acudir a los parámetros garantistas contenidos en la Ley 26/84 de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio (art. 10.1a) y 4), y RD 515/89, de 21 de abril, de protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. La excepción al ejercicio de acciones al amparo del art. 1300 Cc. en relación a infracciones relevantes y a la existencia acreditada de error, de hecho o de derecho, inexcusable y esencial, sustancial, grave, inevitable por regular diligencia y con trascendencia anulatoria (conforme a los requisitos jurisprudenciales³) se produjo en los supuestos donde quienes se pretendían afectados no cabía que alegaran error o ignorancia de la naturaleza del contrato suscrito por venir de hecho disfrutando con anterioridad de otro semejante al que entonces denunciaban judicialmente.⁴

3. SSTS 1 de julio de 1915, 21 de octubre de 1932, 14 de junio de 1943, 16 de diciembre de 1943, 26 de diciembre de 1944, 5 de diciembre de 1953 16 de diciembre de 1957, y 11 de marzo de 1964, 12 de junio de 1982, entre otras muchas.
4. Vid. S. 542/98 Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de junio, en *Revista Jurídica de Andalucía*, 25, 1998, 313/98, pp. 946-947.

En cualquier caso, el conjunto más numeroso de pretensiones relacionadas con contratos relativos a "multipropiedad" no se ceñía a cuestiones de error o ignorancia sobre la naturaleza del derecho adquirido, sino a la presencia en el propio documento negocial, claramente caracterizado como de los llamados contratos de adhesión o sometidos a condiciones generales, bien de cláusulas abusivas o pactos gravosos para el adquirente, bien de radicales contravenciones de los derechos del consumidor, solicitando antes la resolución del contrato al amparo del art. 1124 Cc. y doctrina jurisprudencial correspondiente⁵, con efectos *ex tunc*⁶, que la declaración de nulidad. en este terreno, donde el principio dispositivo hacía improcedente el pronunciamiento sobre supuesto engaño y eventual error, no siempre la normativa sobre consumidores y usuarios suministraba sin embargo suficiente cobertura de protección.⁷

En efecto, lo alusivo al abuso o la gravosidad de pactos podía abarcar un amplísimo espectro de temas y recorrer aspectos tan varios y diferentes en la discutida validez y eficacia del contrato como acerca de los sujetos, el objeto, la causa, precio, idioma del instrumento negocial, formas de otorgamiento, importe de servicios comunes, mantenimiento, administración y gestión, y también sobre la posibilidad real del aprovechamiento, pactos de programa o servicios de intercambio de períodos de aprovechamiento y eventuales costes que llegara a generar, así como respecto a la facultad de resolución unilateral, plazos para su ejercicio y repercusiones de tal acto.

En esta situación, considerando lo abigarrado y heterogéneo de la experiencia del derecho comparado, y el hecho de que aunque desde febrero 1988 a febrero de 1997 se hubieran sucedido hasta cinco borradores de Anteproyectos de ordenación normativa de los derechos-obligaciones concretables por la relación jurídica "multipropiedad", tiempo compartido o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles⁸, todavía a mediados de 1998 no se contara con regulación aprobada, si bien ciertamente ya en trámite⁹, hizo aconsejable acudir a la Directiva 94/47 del Parlamento Europeo y

⁵. Sobre concurrencia de requisitos en la viabilidad de una acción resolutoria: SSTS21 de marzo de 1986, 29 de febrero de 1988, 28 de febrero de 1989, 24 de febrero de 1990, 14 de febrero, 16 de abril, 16 de mayo y 7 de junio de 1991, 4 de junio de 1992, 22 de marzo de 1993, 4 y 18 de noviembre de 1994, 22 de junio de 1995.

⁶. Sobre el efecto *ex tunc* o reintegro por cada parte contratante de las cosas y el valor de las prestaciones que aportaran por razón del contrato, Vid. SSTS 14 de noviembre de 1962, 21 de noviembre de 1963, 14 de marzo de 1964, 16 de octubre de 1967, 23 de abril de 1991 y 9 de octubre de 1992, entre otras varias.

⁷. Así también incluida la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁸. V. gr., borrador para un anteproyecto de Ley sobre multipropiedad de febrero de 1988, borrador para un Anteproyecto de Ley de conjuntos inmobiliarios de 20 de octubre de 1989, borrador de Anteproyecto de Ley de conjuntos inmobiliarios de diciembre de 1991, borrador de Anteproyecto de Ley de tiempo compartido, borrador de Anteproyecto de Ley sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de 8 de noviembre de 1994, y por último, borrador de Anteproyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de 7 de febrero de 1997.

⁹. El Anteproyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de 7 de febrero de 1997 fue aprobado por el Gobierno el 18 de julio de ese año. Remitido a las Cortes para tramitación parlamentaria su discusión por las Cámaras se dilató hasta diciembre de 1998, convirtiéndose finalmente el 15 de diciembre en Ley 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, vigente desde 5 de enero de 1999.

del Consejo, de 26 de octubre de 1994¹⁰ sobre protección de los adquirentes en lo relativo a “determinados aspectos” de los contratos de adquisición de un derecho de inmuebles en régimen de tiempo compartido y que, con carácter “mínimo”, habrían de ser incorporados por las legislaciones de los Estados miembros.

Más en concreto, ante la realidad del vacío legislativo en el ordenamiento jurídico español¹¹, pendiente de promulgación de la que andando el tiempo sería la actual Ley 42/98, se entendió posible la “aplicación directa por órganos jurisdiccionales españoles” de la mencionada Directiva “en trasposición literal”, viendo en ello un recurso útil para posibilitar la tutela judicial a muchos de los concretos conflictos jurídicos que venían suscitándose.

Y esta fue la vía emprendida desde la Sec. 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga con la S. 17/97, de 30 de junio¹². Dicho criterio lo secundó luego la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria¹³, mostrándose no obstante más reticente la de Baleares¹⁴.

Avalaban la tesis de la AP de Málaga dos líneas jurisprudenciales, una comunitaria y otra interna o nacional. Estaban así por una parte, las numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades¹⁵ en doctrina que igualó la aplicabilidad directa de las directivas a la de los Reglamentos cuya concreción no dejara margen de apreciación discrecional al legislador nacional, o que la establecía siempre que el plazo previsto para su incorporación a las legislaciones de los Estados miembros, 30 meses en el caso de la Directiva 94/47, hubiera expirado, o sea a partir del 29 de abril de 1997, de donde a la fecha de la interpretación jurisprudencial de la AP de Málaga dicho plazo ya había transcurrido; por otra, las varias SSTS¹⁶ que, precisamente en relación con la

10. Vid. DOCE, 29 de octubre de 1994. Vid. sobre ella: P.A. MUNAR BERNAT, “La Directiva 94/47 sobre protección de los adquirentes de multipropiedad. Análisis de sus aspectos más relevantes”, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín noviembre-diciembre 1994, pp. 17-25 y H. PERINET-MARQUIET, “La Directive communitaires sur la jouissance a temps partagé”, en *Revue Droit Immobiliere*, 7, 1, 1995, pp. 63-77.

11. Sólo es referible, aunque naturalmente en ámbito muy distinto al legislativo, la Resolución de 4 de marzo de 1993, de la DGRy N. Vid. sobre ella: G. MUÑOZ DE DIOS, “Más sobre la multipropiedad. A propósito de la RDGR y N de 4 de marzo de 1993”, en *La Ley*, núm., 3369, de 14 de octubre de 1993, pp. 1-3; F.J. GARCÍA MAS, “en torno a la multipropiedad”, en RCDI, 623, 1994, pp. 1665-1684; P.A. MUNAR BERNAT, “Comentario a la RDGRN de 4 de marzo de 1993”, en *Cuadernos Civitas de Derecho Civil*, 32, 1994, pp. 495-512. y J. LETE ACHIRICA, “Multipropiedad y la Resolución de 4 de marzo de 1993”, en RDP, junio 1995, pp. 523-537.

12. Con posterioridad también S. 335/98, de 7 de mayo.

13. S. 20 de julio de 1998 (Sec. 1ª) [*Actualidad Civil*, Audiencias núm. 22 16-30 de noviembre 1998 (a) 992].

14. SS. 4 de junio 1998 (Sec. 3ª) [*Actualidad Civil*, 1999-1 @ 1] y 2 de junio de 1998 (sec. 4ª) [*Actualidad Civil*, 1999-3 @ 57].

15. SS. “Grad”, de 6 de octubre de 1960, “Sace” de 17 de diciembre de 1979, “Van Duyn” e 4 de diciembre de 1994. Línea igualmente seguida en SS. “Verbond Nederlandse Onaermmingen”, de 1 de febrero de 1977, “Enka”, de 23 de noviembre de 1977, “Delkvist”, de 28 de noviembre de 1978, “Ratti”, de 5 de abril de 1979, y “Becker”, de 19 de febrero de 1982.

16. SSTS 25 y 30 de noviembre y 4 de diciembre de 1996.

Directiva 93/13 (ineficacia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores), asimismo declararon “el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los estados miembros”, y mientras tal establecimiento se lleva a cabo, que los Tribunales de cada Estado debían actuar “como Jueces comunitarios”. De todo ello se traían tres consecuencias fundamentales: a) Que las normas comunitarias no necesitaban ser traspuestas o traducidas a normas de derecho interno, sino que resultaban directamente aplicables desde su publicación en el DOCE; b) Que las normas comunitarias constituían fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes concernieran, Estados miembros o particulares, que fuesen parte de relaciones jurídicas derivadas del Derecho comunitario; y c) Que las normas comunitarias podían ser directamente invocadas por particulares ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros, quedando así contraídos al deber de aplicarlas, efecto directo que, además por el principio *iura novit curia*, vincularía a los Jueces nacionales, aún cuando las partes no alegaren su aplicación.

Y fue en favor a esta doctrina como se reconoció la facultad de resolver *ad nutum*, o sea, sin necesidad de argüir razón o motivo alguno, dentro de los diez primeros días, o de los tres meses siguientes a la fecha del contrato cuando éste no contuviera información acerca de tal derecho de revocación¹⁷.

Por último, interesa resaltar en referencia a la praxis jurisprudencial seguida hasta la entrada en vigor de la Ley 42/98, el grupo de resoluciones¹⁸ dictadas en solicitud de declaración resolutoria por incumplimiento de condición esencial referida al compromiso contraído por la empresa explotadora de la multipropiedad en la que se adquieren nuevos aprovechamientos, para con la reventa o recompra de los aprovechamientos que en esa misma empresa o en otra compañía ya poseyera el comprador. La base de la reclamación venía dada por el hecho de que un determinado comprador llegara a encontrarse con dos aprovechamientos (dos apartamentos, dos semanas, a veces temporalmente coincidentes) y exigiese que la vendedora se quedara con el aprovechamiento antiguo que no vendió, o con el moderno ante la imposibilidad de dar salida al antiguo, normalmente de más bajo estándar de calidad, o que pretendiese la resolución del nuevo contrato porque la reventa o recompra del antiguo aprovechamiento se hubiera producido fuera del plazo acordado. Solían ser todas éstas situaciones en las que se daba, junto a lo originado por incumplimiento o cumplimiento irregular o defectuoso de la obligación de recompra o reventa y de la apreciación de tal condicionado como suspensivo o resolutorio, un notable confusionismo, obligando a la interpretación global del contrato (arts. 1281-1289 Cc.), siguiéndose en ello el criterio de aplicación progresiva de sus reglas y en particular la *contra proferentem* que responsabilizaba al causante de la oscuridad.

17. Vid. también J. LETE ACHIRICA, “A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: La Directiva 94/47 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español”, en *Actualidad Civil*, 1998-2, pp. 543-544.

18. Entre otras, SS. AP Málaga, Sec. 6º, 206/97, de 30 de junio, 392/97, de 31 de julio, 15/98 de 20 de enero, 30/98 de 15 de mayo, y 685/98 de 22 de septiembre.

Resta a mi intervención¹⁹ el análisis valorativo sobre eventuales futuras repercusiones de la Ley 42/98. La Exposición de motivos señala que el legislador no se ha sentido llamado únicamente “a la trasposición estricta de la Directiva”, sino a “dotar a la institución de una regulación completa”. Pues bien, es la verdad que de ninguno de ambos propósitos parece lograr convencer suficientemente. Sobre esa muy extendida descreencia versarán mis reflexiones críticas que, aquí y ahora, por razones de espacio y tiempo, habrán de ser breves y apenas de detalle. Marcaré algunas de ellas, en particular relativas a los arts. 1, 9, 10 y 11, núcleo normativo donde sea quizás más probable el planteamiento de litigiosidad. Así,

a) Respecto al ámbito de la contratación en la directiva 94/47 y en la Ley 42/98.

Me limitaré únicamente a enunciar este tema que, según se desprende de otras intervenciones en estas Jornadas²⁰, ha recibido ya cumplida atención. Lo cierto es, en todo caso, que la Directiva, aún en su imperatividad “de mínimos” (art. 10), resulta más amplia que la actual ley española nominalmente “completa”. Con ella, incluso, cabría sostener que en orden a la naturaleza jurídica del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles no se consagra otra que la de derecho real limitado (art. 1, 1, e *in fine*), aunque se admita la fórmula (art. 1.1. 6ª) del derecho personal mediante contrato de arrendamiento de temporada del art. 3.2 Ley 29/94, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Toda referencia al ámbito que por su naturaleza jurídica pudiera convenir a la configuración societaria (“régimen de sociedad” o “sistema de club”) ha quedado omitido. Me parece, no obstante, que el criterio de la “aplicabilidad directa” de la Directiva sigue operativo respecto a los derechos y obligaciones entre intervinientes en ese tipo de contratos. Es decir, la directiva es a este punto, con la fuerza vinculante que le es propia²¹, norma supletoria y, en todo caso, de carácter interpretativo integrador respecto de las experiencias del tráfico jurídico que ya contemplaba, como igualmente, lo son al régimen general de contratación turística el Convenio de Bruselas (1968) y Convenio de Roma (1980).

¹⁹. Debe expresar mi gratitud al Ilmo. Sr. Magistrado Presidente de la Sección Sexta de la audiencia Provincial de Málaga, D. Antonio Alcalá Navarro por la información suministrada y la gentil consulta de su ponencia. “La jurisprudencia y el tiempo compartido. Una aproximación a las consecuencias que la nueva Ley 42/98 de aprovechamiento por turno, traerá para la doctrina hasta ahora aplicada por los Tribunales”, presentada en la Jornada sobre “El nuevo marco legal del tiempo compartido. Una visión práctica de la Ley de Aprovechamiento por turno”, 21 de enero de 1999. Marbella (Málaga), organizada por OTE España (A.N.E.T.C. y A.T.C.A.).

²⁰. “Tribunal competente y la ley aplicable en la contratación turística internacional (Aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 y del convenio de Roma de 1980 a los contratos turísticos)”, por Dra. Mª T. ECHEZARRETA y “Ámbito de aplicación de la Ley 42/98, constitución del régimen de derechos de aprovechamiento por turno y regímenes preexistentes”, por Dr. J.M. RUIZ-RICO.

²¹. En general, sobre la fuerza vinculante de las directivas Vid. N. BOBBIO, “Comandi e consigli”, en *Rivista Trim de Diritto e Procedura civile*, 2, 1961, pp. 369-390, asimismo en ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, G. Giappiichelli, Torino, 1970.

b) Sobre el contenido mínimo del contrato.

1.- Redacción lingüística.

Sólo el *in fine* del art. 9, 12º, 3 párrafo 4, relativo al criterio oponible frente a la divergencia en las traducciones, me parece claro en cuanto explícita la regla interpretativa *contra proferentem* favorable al adquirente. Ignoro quien pueda ser beneficiado de ese párrafo 3 en relación a la disposición Adicional primera, cuyo contenido, a mi juicio pudo sistematizarse en el art. 8. 5 como publicidad,; además, no me parece la mejor fórmula abandonar a las organizaciones de consumidores, privadas, y a las autoridades turísticas de la Comunidad Autónoma, en no pocos casos todavía indeterminadas, la verificación del cumplimiento de la Ley. Finalmente, los párrafos 1 y 2 son confusos y no terminan por proteger al adquirente, obligando de otra parte al disponente casi a una labor lingüística parecida a la del dragomán babélico. El legislador español se ha visto aquí seguramente obligado por la cooficialidad lingüística de nuestro sistema jurídico, que legítima no imponer la elección de una de las once lenguas de CEE. Pero si el criterio ha sido el de residencia en el Estado de la UE, entonces, ¿Qué ocurre con el adquirente no residente en uno de los once estados miembros de la UE pero nacional de uno de ellos, que celebra el contrato en España?, y ¿Qué con el no miembro de la UE, residente o no en alguno de los once estados miembros?. Es posible que algunos de los supuestos imaginables sean calificables como "de laboratorio", pero lo claro es, de cualquier modo, que el adquirente no tiene "derecho" a solicitar que el contrato se redacte en su idioma de origen.

Alternativamente al criterio establecido, que pone de relieve cómo la técnica jurídica no ha sido tampoco aquí un medio de acceso privilegiado a la realidad, hubiera podido acudirse a uno más sencillo: antes que el de extranjería o residencia, el de la comprensión de lingüística. Desde el punto de vista de la praxis interpretativa judicial se tienen derecho a traducción no por ser extranjero, o residente o no en la UE, sino por no comprender el idioma en que se redacta el documento informativo y el contrato.

Todo esto en el supuesto de que el contrato esté formalizado por escrito.

2.- Contrato escrito: ¿requisito formal o esencial?.

En principio, propongo la cuestión formalmente, es decir como puro trámite argumental para desarrollar luego otras consideraciones. Porque, cabe en efecto que el planteamiento de la cuestión adolezca de toda virtualidad; es decir, negar la mayor de que el contrato pueda ser alguna vez no escrito, pero también avanzar, siquiera como hipótesis, la posibilidad contraria. Sobre lo primero bastaría con sostener que una interpretación sistemática de la ley no consiente otra forma de contrato que la escrita, en efecto el contrato "deberá constar por escrito" declara el art. 9.1.

No obstante, y sin necesidad de acudir a la concepción espiritualista, es igualmente cierto que el incumplimiento del requisito de forma no invalida el consentimiento prestado, y asimismo que no se ha previsto sanción por tal incumplimiento [*id.*art. 4 Directiva] y que tampoco algo del todo clarificador se infiere al respecto por vía de interpretación analógica²².

La hipótesis alcanza por ello cierta sustantividad. ¿Cómo operar judicialmente frente a ella?. Siempre se tendría acción para compeler al disponente a la forma escrita (art. 1279 Cc); de no accionar en esta dirección, quedaría el adquirente conformado a no disponer de información documentada ni aún siquiera sobre los extremos mínimos (“se expresarán, al menos”) del art. 9. Tampoco le cabrían acciones de nulidad del 1300 Cc. en juego al art. 10. 2 de la actual Ley, porque no existiría posibilidad de probar la falta de veracidad en la información (mentira documentada). Sólo parece cabrían acciones de anulabilidad (art. 1301.1 Cc) por 4 años desde la consumación del contrato.

Con todo, lo menos grave es que la falta de forma escrita no impediría el ejercicio del derecho de resolución (art. 10.2 párr. 1º), que procede por falta de alguna de las menciones obligatorias o mínimas, y actúa en el plazo de 3 meses a partir de la fecha del contrato, ya que es inverosímil que tras el acuerdo verbal y el pago efectivo mediante, por ejemplo, tarjeta de crédito no se reciba o retire alguna documentación, siquiera sea la informativa alusiva a las menciones obligatorias o mínimas contrato realizado. Pero entremos más en toda esta materia.

c) Acerca del desistimiento y resolución del contrato (art. 10)

- 1.- El desistimiento es posible sólo “desde la firma del contrato”, y por tiempo determinado, 10 días, cuando el contrato cumpla todas las menciones obligatorias, o desde que hayan sido subsanadas, o en los diez días posteriores a los tres meses sin restaurarse lo subsanable y siempre que no se haya ejercitado el derecho de resolución (según contempla el art. 10.2 párrs 3º y 4º).
- 2.- Caracteres del desistimiento (art. 10.1): Su descripción básica reúne los siguientes elementos: temporal (obedece a plazo), potestativo (del adquirente) y unilateral (no precisa aceptación del disponente), no personalísimo (actuable mediante representante), recepticio (requiere conocimiento de su ejercicio). Esto último conduce al tema de las notificaciones. Ha sido privilegiado el desistimiento del contrato celebrado con intervención notarial (art. 14.2), donde la notificación se lleva por acta notarial (art. 10.3 *in fine*). Pero este favor se encuentra compensado, dado que en los demás casos la prueba de la recepción es sólo formal, su emisión, y no respecto el contenido de lo comunicado; sirve pues el correo certificado (fecha de envío y acuse de recibo) con presunción favorable al adquirente.

22. Ley 26/91, de 21 de diciembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, art. 4.1: nulidad relativa en caso de contrato no formalizado por escrito, y Ley 7/95, de 23 de marzo, de crédito al consumo, art. 7: nulidad absoluta.

3.- Efectos del desistimiento.

La interrogante es determinar qué subyace en el desistimiento y cual sea su trascendencia: esto es, ¿qué existe antes del desistimiento?, y ¿qué clase de efectos produce éste sobre aquello preexistente, suspensivos o resolutorios?. Si comenzamos intentando responder a esto último parecería admisible discutir ambas posibilidades y decidir entre ellas, por ejemplo, proponiendo un escalonamiento; por tanto, defender la eficacia suspensiva del contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de usos turístico a fin de diferenciarla de la propiamente resolutoria prevista en aplicación del art. 10.2. La sistemática del art. 10, organizada en dos apartados (1º desistimiento. 2º resolución) apoyaría esta tesis en la medida que prevé dos modalidades de rescisión. Pero cabría también sostener la generación de efectos únicamente resolutorios, indistinguibles de la nulidad generada en ejercicio del art. 10.2, dado la dogmáticamente muy opinable de la convención lingüística del legislador en el empleo de la expresión desistimiento (*vid.* Exposición de Motivos: “parece más ajustado denominarlo facultad de “desistimiento”, que acentúa ese carácter unilateral e incondicionado”) y la relatividad de la llamada interpretación auténtica.

Creo, sin embargo, que por los términos en que va planteado el debate sobre este dilema resultará estéril si se logra responder a la primera interrogante: qué subyace en el desistimiento, qué existe antes del desistimiento.

Una de las posibles respuestas, aunque errónea, sería considerar lo previo al desistimiento como un “acto jurídico inexistente”.

Pienso que tal posibilidad en ningún caso ha de tenerse presente, y no sólo porque tropieza con el lenguaje jurídico normativo, donde en efecto se dice que el derecho de desistimiento se ha de ejercitar en los diez días siguientes la firma del “contrato” y/o en las modalidades previstas en el art. 10.2 párrs. 3º y 4º. No se trata de un “acto jurídico inexistente” por una razón elemental: éste sería resultado de la carencia de *causa civile obligandi*, la que indudablemente existe y es del todo lícita en el “contrato” del que tratamos mientras permanece disponible la potestad del desistimiento; otra cosa será desde luego, es decir a continuación del empleo de esa facultad, donde el acto jurídico ya habrá dejado de existir, o nos sea devendrá inexistente, por falta sobrevinida de causa. Más, previo al ejercicio del desistimiento, nos encontraremos siempre, pues, con un “contrato” expresión de voluntad causada y lícita. Pero entonces, ¿cuál es el alcance de la “dicción” contrato? Llamo la atención a este respecto sobre las confundentes menciones a “contrato” que aparecen en el art. 9.12º 2 y 4. Pero, en todo caso, ¿qué “contrato” es ese del que consideramos que se ha venido hablando?

Para responder adecuadamente debe acudir a la teoría general del negocio jurídico y diferenciar la formación del acto jurídico “contrato” de su perfección, y así comprender que no todo acto jurídico constituido es eficaz. Existe acto jurídico desde la concurrencia de todos los elementos requeridos en

las partes o exigidos por la ley para que se de el negocio jurídico en general o uno determinado y en particular. Existe tal perfección cuando ese acto presenta plena aptitud para desplegar consecuencias jurídicas propias como derivadas de la voluntad de las partes o desprendidas de lo ordenado por la ley. "De ahí que sea verdad que el negocio perfecto esté ya formado y no a la inversa: el negocio puede estar formado y no ser perfecto"²³. Y es así dado que la perfección puede no depender exclusivamente de la voluntad de ambas partes, como también ser consecuencia de otras varias circunstancias, a veces simultáneas a la conclusión del acto (ciertas solemnidades), y a veces posteriores (basta pensar en el testamento, donde la eficacia de la voluntad del testador precisa de la muerte de *de cuius*), e igualmente depender de la *causa* y en terminados casos de la consumación por *datio rei*.

En el supuesto de referencia es posible entender que la formación del acto jurídico se produce en el momento en que predisponente y preadquirente entran en negociación jurídica sobre la base de una oferta (*pollicitatio*), que es el documento informativo (art. 8.2) presentada a iniciativa del primero, vinculándose, y que la perfección tiene lugar con la aceptación del último. Este es el esquema propio de los contratos consensuales, y esto debería bastar para considerar que en presencia de un plazo para la aceptación no existe eficacia alguna del "contrato" sino a partir de la no denuncia del acuerdo, es decir transcurrido el término prescrito.

Por sobreañadido el argumento se confirma el trasladarlo a otras formas de contratos. Así, en los solemnes, la eficacia del contrato válido desde el consentimiento donde se pactara por ejemplo una hipoteca, supuesto poco inusual, no sería plena sino desde hecho constar el acuerdo en escritura pública e inscrito registralmente. E igualmente en los contratos reales puros, donde la perfección se alcanza con la *datio rei*. Es claro, pues, que en estos dos tipos contractuales no existe perfección hasta cumplimentada la solemnidad o entregada la cosa y que, por tanto, existirá hasta entonces respectivamente sólo lo que podríamos llamar una preparación de contrato y un contrato referido a los hechos que se han de producir como consecuencia del contrato real que aún no ha cumplimentado su perfección por la consumación.

Volviendo ahora de nuevo a los consensuales, allí donde exista plazo de aceptación únicamente podrá surgir algo semejante a un contrato de opción fundado en la voluntad expresa del oferente o predisponente -propietario, promotor o cualquier persona física o jurídica dedicado profesionalmente "que se proponga iniciar la transmisión" de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de usos turístico" (Art. 8.2)- y sólo la voluntad presunta del aceptante y preadquirente (voluntad de atender reflexivamente la oferta); contrato que podremos considerar perfecto en cuanto tal contrato de opción, pero propiamente no en cuanto contrato de la Ley 42/98, que sólo se perfecciona por sucesión²⁴ al no ejercicio del desistimiento, es decir, del cumplimiento de la condición de carácter potes-

²³. G. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. de J. Santo Briz, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 36-37.

²⁴. Defiende la idea de contratos de formación sucesiva J. LLOBET I AGUADO, "El período de reflexión y la facultad de retracción", en *Revista General de Derecho*, 1995, 604-605, pp.

tativo negativo contenida en el contrato de opción. Me parece relevante a este respecto la locución del art. 9, 5º: "El precio que deberá pagar el adquirente y la cantidad que conforme a la escritura reguladora deba satisfacer anualmente, *una vez adquirido el derecho*, a la empresa de servicios..."

En alguna medida sin duda todo esto relaciona la posibilidad real de que existan dos desistimientos: uno en función del contrato de opción dispuesto para el *inicio* de la transmisión de derechos de la Ley 42/98, y otro, independiente de aquel, dispuesto para una vez emprendida la transmisión en sí misma ya aceptada por quien hasta ese momento fuera preadquirente, y arreglado en concreto a los párrs. 1 y 4 del art. 10.2, expresándose dos términos en su ejercicio: el de los 10 días siguientes al transcurso de los tres meses de la no subsanación de contravenciones del art. 8.1, o sin que hubiere sido completada la documentación requerida por el art. 9, o no conformado el documento informativo a lo archivado en el Registro, y, caso de producirse dicha subsanación, en los 10 días posteriores a la misma.

Todo ello, a su vez, relaciona también con la cuestión siguiente:

d) En torno a la prohibición de anticipos (art. 11.1).

La prohibición actúa, como es lógico, antes de que expire el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento o mientras disponga de la facultad de resolución del art. 10.2. Con posterioridad no podrá hablarse ya de anticipo. Antes y después cabría tal vez hablar de depósito (de dinero: art. 1725 y 1770 Cc: devolución con todos sus productos y accesiones, e intereses moratorios), e incluso de depósito irregular. Aún con todo, la excepción de uso de éstas u otras figuras jurídicas imaginables es clara: serán tolerables en la medida en que no impidan la facultad de desistimiento, y no exijan "pago de pena o gasto alguno" (art. 10.2. párr. 1 *in fine*). De esta forma, comoquiera que en la extinción del depósito el depositario tiene derecho a retener lo depositado hasta el completo pago de lo que se le debiera por razón del depósito y que respecto al lugar para la devolución, hallase designado o no, de originar gastos para la traslación (pensemos en gastos financieros por transferencia bancaria) habrían de ser de cuenta del depositante, no parece que el depósito, regular o no, resulte de ello una figura consentible e idónea como ajustada a la prohibición de disponibilidad o ejercicio del desistimiento, que es siempre sin gastos (art. 8.2j).

Al propio tiempo, el art. 11.2 trae una específica sanción económica para el incumplimiento: devolución del duplo de la cantidad anticipada, si bien tal prohibición de anticipos es diferente de la estipulación de pactos para garantizar el pago del precio aplazado, también naturalmente siempre que no signifiquen contraprestación al ejercicio del desistimiento, que es sin gastos. Ella va además reforzada en la protección general del art. 2.1: nulidad de las cláusulas mediante las cuales el adquirente renuncie anticipadamente a los derechos que le atribuye la ley. Por último, junto a la específica sanción económica al incumplimiento art. 11.2 se halla la jurídico-contractual: bien resolución en tres meses, bien exigir cumplimiento de contrato.

Relacionado con lo anterior se ha suscitado la duda de si las cantidades que por IVA deba exigir el predisponente representan una forma de "anticipo"?. Mi opinión es, en el orden fáctico, afirmativa: porque el reintegro y la disponibilidad de esa cantidad procedería a través de un recurso de devolución por ingreso indebido que, con independencia de la demora temporal de tal procedimiento, generaría gastos cuya significación material no es otra que contraprestación onerosa al ejercicio del desistimiento cuyos gastos se hallan expresamente prohibidos. A un nivel más teórico, si lo que claramente ha pretendido el legislador es que con carácter previo a la perfección del acto jurídico consistente en la libre y plena asunción del contrato no se entreguen cantidades anticipadas y éstas tampoco se pueden confundir con pactos orientados a garantizar el pago del precio aplazado, las cantidades que eventualmente hubieran de ser anticipables se sustanciarían en cláusulas penalizadoras frente a un pago defectuoso o, por concernir al precio, con la consideración de cantidades a él asimilables. Se rige o no la liquidación del IVA por el principio de caja, no cabe registrar imposición alguna por un acto jurídico que como contrato de los de la Ley 42/98 sólo se perfecciona decaído el derecho desistimiento, siendo exigible así a partir de su formación y perfección, es decir más halla del tiempo de duración del contrato cuyo objeto es la opción, o sea la obligación en el predisponente de mantener la oferta el tiempo señalado y sometida su aceptación final a la resolución unilateral o desistimiento del preadquirente.

Por tanto, las estipulaciones que en ese contrato entre predisponente y preadquirente, disponente y adquirente potencialmente interesados en formalizar contratos de la Ley 42/98, afecten al precio no deberían incluir cantidad por IVA, o mejor, en ellas debería figurar el *verbatim* IVA expresamente como "no incluido" entre los elementos de la oferta que aquélla relacione. O lo que es igual, que lo relativo al IVA habría de ser facturado y abonado posteriormente, siendo por lo demás correcto entender que ese plus valor ha de ser determinado con relación al momento de producirse la actividad de prestación de servicio que específicamente grava la Ley 42/98, esto es efectiva contratación del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turística en ella regulada, y no a la fecha del contrato de opción subyacente durante la vigencia del derecho de desistimiento.

Hasta aquí algunas de las valoraciones, primeras y meramente proyectivas, que me sugiere hoy la publicación de la ley de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Valoraciones, además, deducidas en sede ajena a las específicas controversias que en su momento se sustancien ante los tribunales, donde incidirá sobremano la particular pretensión de las partes en litigio, su actitud procesal, la actividad probatoria desplegada y, en el concreto orden de la apelación, el mayor o menor grado de aquietamiento a lo resuelto por el juzgador de instancia. así como la calidad de los argumentos que se propongan acerca de la *quaestio disputata*. Todavía, pues, habrá que aguardar hasta entonces para acumular experiencia judicial suficiente y concluir de un modo menos provisional y seguramente más sólido que en la ocasión presente.

COMUNICACIONES

22

SOBRE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA
DE VIAJES COMBINADOS A LOS VIAJES DE ESTUDIOS
AL EXTRANJERO CON ALOJAMIENTO FAMILIAR
(COMENTARIOS AL HILO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES
EUROPEAS DE 11 DE FEBRERO DE 1999)

SOBRE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE VIAJES COMBINADOS A LOS VIAJES DE ESTUDIOS AL EXTRANJERO CON ALOJAMIENTO FAMILIAR (COMENTARIOS AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 11 DE FEBRERO DE 1999)*

Mercedes Cordones Ramírez

**Profesora Titular E.U. de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga**

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

La organización y comercialización de los denominados «paquetes turísticos»¹ es una de las actividades que la Orden de 14 de abril de 1988, de normas reguladoras de Agencias de Viajes², atribuye en exclusiva a éstas, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros empresarios turísticos (transportistas, hoteleros, etc.) para contratar directamente con sus clientes la prestación de sus propios servicios (cfr., arts. 2º.1.b) y 2º.2). En principio, esta excepción que establece el reglamento estatal de agencias de viaje de 1988 –mantenida asimismo en los diversos reglamentos autonómicos dictados

*Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Investigación denominado «Legislación aplicable a las empresas turísticas» (Investigador Principal: Dr. Adolfo Auriolés Martín) y se ha beneficiado de la subvención otorgada por la Universidad de Málaga. Comunicación presentada en las II Jornadas de Derecho Turístico.

¹El artículo 1º.2.b) de la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988, de normas reguladoras de agencias de viajes, define los «paquetes turísticos» como «el conjunto de servicios turísticos (manutención, transporte, alojamiento,...) ofertado o proyectado a solicitud del cliente, ambos a un precio global preestablecido». Esta noción de «paquete turístico» aproxima la figura a los «viajes combinados», definidos por la Ley 21/1995, de 6 de julio, como «la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida en venta, con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia: a) transporte, b) alojamiento, c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado» (art. 2º.1 Ley 21/1995). El hecho de que su régimen jurídico se recoja en una norma legal, con precedentes en el Derecho comunitario, no es argumento suficiente, en nuestra opinión, para afirmar que se ha producido una especie de «fusión» de ambas figuras, de la que resulta su inclusión en una categoría unitaria denominada «viajes combinados», mediante la «absorción» de los «paquetes turísticos» por los «viajes combinados», propiamente dichos. A nuestro juicio, ambas figuras pueden coexistir perfectamente, en tanto no sea derogada expresamente la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988. Algunos de los reglamentos aprobados por las Comunidades Autónomas que han ejercitado sus competencias legislativas exclusivas en materia de agencias de viaje han resuelto esta situación distinguiendo entre los «viajes combinados», tal y como son definidos en la Ley 21/1995, y las «excursiones de un día» o «programas de un día», ofrecidos por las agencias de viajes o proyectadas a solicitud de los clientes, a un precio global establecido, siempre que no incluyan todos los elementos propios del viaje combinado (así, por ejemplo, el artículo 2.1.d) del Decreto 99/1996, de 27 de junio, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las Agencias de Viajes de la Comunidad de Madrid; el artículo 2º.1.c) del Decreto 20/1997, de 11 de febrero, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Agencias de Viajes de la Comunidad Valenciana; etc.).

²Dicha Orden debe considerarse aplicable en aquellas Comunidades Autónomas, como Andalucía, que todavía no disponen de normativa reglamentaria propia.

con posterioridad debe entenderse limitada a la prestación de los llamados «servicios sueltos» (art. 2º.1.a) OM de 14 de abril de 1988), es decir, a aquellos servicios aislados de un viaje o de una estancia en los que las agencias de viaje actúan como meras comisionistas, en nombre y por cuenta de sus clientes, para la reserva de plazas en medios transporte o de habitaciones en establecimientos de alojamiento turístico (art. 25.a) OM de 14 de abril de 1988). De este modo, el cliente que desea reservar una plaza de avión o una habitación en un hotel, puede contratar directamente este «servicio suelto» con la compañía aérea o con el establecimiento hotelero o puede recabar la intervención de una agencia de viaje. En el primer caso, no es infrecuente que, junto al transporte o al alojamiento, el prestador del servicio incorpore la posibilidad de disfrutar, dentro de un importe global, de algún otro servicio «complementario» (lecciones de golf, visitas a museos, sesiones de sauna o talasoterapia, etc.) del que constituye el elemento principal de su oferta, convirtiendo aquellos «servicios sueltos» en auténticos «paquetes turísticos» o, para ser más precisos, en auténticos «viajes combinados» que, como tales, exigirían la intervención técnica de una agencia de viaje (cfr., disposición adicional segunda, Ley 21/1995).

La vigente reglamentación estatal de agencias de viajes prevé estas situaciones y califica como actos de «intrusismo profesional» la mera difusión publicitaria de las actividades mercantiles propias de aquéllas, obligando a utilizar los servicios profesionales de una agencia de viaje legalmente constituida a quienes oferten al público la realización de viajes (arts. 35 y 36.1 OM de 14 de abril de 1988).

El artículo 36.2 OM de 14 de abril de 1988, por su parte, dispensa de la obligación de utilizar los servicios de una agencia para la realización de viajes cuando la organización de los mismos se haga por entidades, asociaciones o instituciones y organismos, cumpliendo los siguientes requisitos: a) que se efectúen sin ánimo de lucro; b) que vayan dirigidos única y exclusivamente a los miembros de la entidad organizadora, y no al público en general; c) que no se utilicen medios publicitarios para su promoción ni sean de general conocimiento; d) que se realicen de forma ocasional y esporádica; y e) que se organicen sin apoyatura administrativa o de personal específica para la organización de tales viajes.

Al amparo de esta segunda excepción recogida en la reglamentación de agencias de viaje, las actividades propias de las agencias de viaje consistentes en la organización de viajes colectivos podrán ser desarrolladas por las entidades y en las condiciones a que alude el citado artículo 36.2 de la Orden de 14 de abril de 1988. De este modo, ofertas de viajes de estudios al extranjero, utilizando reclamos publicitarios como «Estudie inglés en...Inglaterra», «Vacaciones en Francia: aproveche este verano y vuelva hablando en francés», etc. proliferan en los medios de comunicación escrita. En no pocas ocasiones, dichas ofertas para el aprendizaje de idiomas en el extranjero recaen sobre auténticos «paquetes turísticos» o «viajes combinados», sin que, en la mayoría de ellas, se haga referencia a la intervención técnica de una agencia de viaje.

El 23 de junio de 1997, un alto órgano jurisdiccional finlandés presentó ante el TJCE dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados, en las que se planteaba, precisamente, la aplicabilidad de dicha Directiva a unos viajes al extranjero dirigidos a escolares y que eran organizados y comercializados por una asociación sin ánimo de lucro³.

II. LA SENTENCIA DEL TJCE DE 11 DE FEBRERO DE 1999: INAPLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 90/314/CEE A LOS VIAJES AL EXTRANJERO CON ALOJAMIENTO FAMILIAR

La Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 1999 resuelve una decisión prejudicial (art. 177 TCE) presentada por el *Korkein hallinto-oikeus* (Tribunal Supremo Administrativo de Finlandia), sobre la interpretación de la Directiva 90/314/CEE, a raíz de las cuestiones suscitadas en el marco de un procedimiento administrativo, iniciado en dicho Estado miembro, por *AFS Intercultural Programs Finland ry*, asociación sin ánimo de lucro dedicada a la organización de viajes combinados que no figura inscrita en el registro de empresas de viajes combinados.

1. Antecedentes de hecho

AFS Intercultural Programs Finland ry (*AFS Finland*, en lo sucesivo) es una asociación sin ánimo de lucro finlandesa que coordina intercambios escolares a escala internacional. Según sus estatutos, *AFS Finland* tiene como objeto social la promoción de la cooperación internacional y los intercambios entre las distintas culturas y, a tales fines, como hacen otras asociaciones similares que operan en otros Estados, organiza programas de intercambio de alumnos de edades comprendidas entre los 16 y los 18 años. Para el desarrollo de su actividad, *AFS Finland* cuenta con el apoyo de diversas fundaciones y donantes, con el trabajo de voluntarios y con ayuda financiera de Estado finlandés.

³Con carácter general, la cuestión planteada es determinar si pueden calificarse como viajes combinados esos viajes organizados por entidades, empresariales o no, que no tienen condición de agencias de viaje, cuyo objeto es la realización de viajes al extranjero, a cambio de una contraprestación económica que cubre el transporte, el alojamiento en el país de destino (en centros educativos, familias, etc.) y una actividad educativa (por ejemplo, clases de idioma), sin llegar a descartar otras prestaciones complementarias. En nuestra literatura jurídica, una primera aproximación al contrato de viajes de estudios al extranjero puede consultarse en JIMÉNEZ BLANCO, J., «Contratos turísticos, viajes de estudios al extranjero, catering, engineering, merchandising», en *Contratos mercantiles especiales*, Villagómez Rodil, A. (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 211-214. El autor recoge diversas sentencias en las que nuestros Tribunales se han ocupado, aun sin contemplar la posible aplicación de la normativa sobre agencias de viajes o la Directiva de viajes combinados, de asuntos relacionados con los viajes de estudios al extranjero (SAP de Madrid de 12 de noviembre de 1992 y de 27 de mayo de 1994; STS de 15 de febrero de 1994 y de 14 de febrero de 1995).

AFS Finland realiza una selección previa, basándose en entrevistas, de los escolares que luego envía al extranjero, dos veces al año, normalmente por períodos de entre seis y once meses. Los escolares asisten a un centro de enseñanza del país de destino y residen en familias que los alojan gratuitamente. *AFS Finland* organiza el viaje de los escolares al extranjero en vuelos regulares y, por lo general, la familia de acogida se hace cargo de ellos en el propio lugar de llegada. Un dato significativo es que, antes de realizar el viaje, los escolares y sus padres siguen un curso de preparación para la vida en el extranjero.

Por su labor, *AFS Finland* percibe una contraprestación económica de los escolares: el 10% del coste del viaje es abonado en el momento de la aceptación de la solicitud del escolar (unos 10 meses antes del comienzo del viaje) y el resto se paga, en 3 plazos, antes de comenzar el viaje. En el momento de la partida, el escolar recibe ya el billete de vuelta, pagado por adelantado a la compañía aérea. Con la finalidad de garantizar el regreso del alumno en caso de imposibilidad de utilizar el billete de vuelta, una parte de las cantidades percibidas por *AFS Finland* se aplica a la dotación de un fondo de reserva.

El 25 de agosto de 1995, el *Kuluttajavirasto* u Oficina nacional para la protección del consumidor comunica a *AFS Finland* que, en su opinión, las actividades de intercambio escolar que realiza dicha asociación son asimilables al comercio de viajes combinados y que, por tanto, en cumplimiento de lo establecido en la normativa vigente en Finlandia, debía inscribirse en el registro de empresas de viajes combinados⁴. Ante la falta de inscripción, la Oficina nacional ordena a *AFS Finland* el cese de sus actividades, mediante decisión de 14 de octubre de 1996. Contra esta decisión, la asociación interpone recurso de anulación ante el Tribunal Supremo Administrativo, sosteniendo que los programas de intercambios que organiza no pueden ser calificados como viajes combinados, según define a éstos la Directiva 90/314/CEE.

Así las cosas, el órgano jurisdiccional nacional suspende el procedimiento y somete al TJCE dos cuestiones prejudiciales. La primera de ellas es la que presenta mayor interés para nosotros⁵ y se plantea en los siguientes términos:

⁴La Ley nº 1080/1994, relativa a las empresas de viajes combinados, exige que las personas que se dedican a la organización de viajes se inscriban en el registro que gestiona la Oficina nacional para la protección del consumidor, presentando, entre otros documentos, una póliza de seguro que garantice los derechos de los viajeros frente al riesgo de insolvencia del organizador (art. 8º). Dicha Ley nº 1080/1994, junto con la nº 1079/1994, sobre los viajes organizados, son las dos disposiciones mediante las que se transpone al Derecho interno finlandés la Directiva 90/314/CEE.

⁵En realidad, el TJCE sólo resuelve la primera de las dos cuestiones prejudiciales, no llegando a pronunciarse sobre la segunda puesto que ésta se plantea con carácter subsidiario, para el caso de que se considerara que los viajes organizados por *AFS Finland* en el marco de los intercambios escolares estaban incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/314/CEE.

¿Está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva un viaje realizado en el marco de un programa de intercambio escolar, de una duración aproximada de seis meses a un año, sin propósito de turismo o vacaciones, sino con la intención de asistir a un centro de enseñanza en el país de acogida y de conocer mejor la sociedad y la cultura de ese país, alojándose gratuitamente con una familia local como si se tratase de un miembro más de ésta?. Para que los intercambios escolares estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, ¿son relevantes determinados aspectos de la organización de tales intercambios, como el hecho de que el escolar deba pagar sólo una parte del coste del viaje o el dato de que los intercambios se organizan en el marco de una colaboración entre asociaciones sin ánimo de lucro de varios Estados, basándose fundamentalmente en el trabajo de voluntarios y contando con la financiación del Estado finlandés que destina a dicho programas fondos para las actividades culturales, etc., circunstancias que, en suma, revelan la naturaleza no comercial de la organización de tales intercambios?

2. Doctrina de la sentencia

El TJCE considera que los viajes de los escolares al país de destino, en vuelos regulares, organizados por *AFS Finland* incluyen, efectivamente, uno de los elementos (transporte) que el artículo 2º.1 de la Directiva 90/314/CEE exige para configurar como tales a los viajes combinados. En segundo lugar, a juicio del TJCE, la estancia de esos escolares en una familia de acogida, en la que se le trata como a un miembro más y siendo asimilado a los propios hijos, unido a su carácter gratuito y la duración misma de dicha estancia, son factores que, en su conjunto, llevan al órgano juzgador a sostener que no pueda calificarse como alojamiento en el sentido de la norma comunitaria. Resta por valorar, finalmente, si los demás servicios que presta la entidad organizadora de estos programas de intercambio pueden considerarse como «otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado» (art. 2º.1 c), en cuyo caso, sí concurrirían, al menos, dos de los tres elementos que exige la Directiva comunitaria a los viajes combinados. A este respecto, el TJCE examina los otros servicios prestados por *AFS Finland* y declara que: a) la elección de una escuela por parte del organizador del viaje combinado, no puede ser considerada, en sí misma, un servicio turístico, en el sentido del artículo 2º.1.c) de la Directiva, porque la finalidad específica de dicho servicio consiste en la educación de los participantes en los intercambios escolares internacionales; b) la elección de una familia que acoja al escolar durante su estancia en el extranjero es, en cualquier caso, un servicio accesorio y no está incluido en el concepto de «otros servicios turísticos»; y c) la preparación de los documentos necesarios para la estancia en el extranjero y la realización de cursos que siguen los escolares y sus padres antes de comenzar el viaje, con la finalidad de prepararse para la vida en un país extranjero, aun suponiendo que pudieran ser calificados como «otros servicios turísticos», tampoco servirían de elemento determinante para configurar los programas de intercambios organizados por *AFS Finland* como viajes combinados, a los efectos de la Directiva 90/314/CEE, porque dichos servicios no representan una parte significativa del viaje combinado.

3. Valoración crítica de la sentencia

El TJCE ha perdido una preciosa oportunidad para delimitar el significado de esos «otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado» que, a falta de alguno de los otros dos elementos principales de los viajes combinados, permiten atribuir ese calificativo al contrato y aplicarle las normas de la Directiva 90/314/CEE.

Ciertamente, la primera dificultad estriba en la propia caracterización de los servicios turísticos, desde el punto de vista jurídico, distinguiéndolos de aquellos otros servicios que también pueden ser prestados a los participantes en un viaje combinado. Me parece que definir jurídicamente el turismo⁶ es la gran asignatura pendiente de la normativa turística y, por ende, del emergente Derecho Turístico.

El Proyecto de Ley del Turismo (BOPA, núm. 351, de 30 de julio de 1999) define, expresamente, al «servicio turístico» como «el servicio que tiene por objeto atender alguna necesidad, actual o futura, de los usuarios turísticos o de aquellos otros que lo demanden, relacionada con su situación de desplazamiento de su residencia habitual por motivos distintos a los de carácter laboral» (art. 2º.c). La norma legal proyectada se inclina, desde luego, por una noción amplia del «servicio turístico» e, indirectamente, viene a acogerse a una configuración del turismo que recuerda a la definición ofrecida por la antigua Ley 48/1963, de 8 de julio, sobre competencias en materia turística, identificándolo, en su Preámbulo, con el «movimiento y estancia de personas fuera de su lugar habitual de trabajo de residencia por motivos diferentes de los profesionales habituales en quien los realiza».

Pero, volviendo al comentario de la sentencia, es importante subrayar que la interpretación mantenida por el TJCE supone apartarse claramente de espíritu *pro consumatore* que inspira a la Directiva 90/314/CEE. Al rechazar la inclusión dentro del concepto de «alojamiento» la estancia en el seno de una familia en las circunstancias relatadas, el TJCE estaría optando por una interpretación restrictiva de los elementos que componen un viaje combinado e, implícitamente, reservando el ámbito del servicio turístico de alojamiento al que es prestado, de forma onerosa, en establecimientos hoteleros o similares⁷, dejando fuera otro tipo de ofertas de alojamiento que pudieran desarrollarse (intercambio de miembros de las familias de acogida: alojamiento oneroso o con pago «en especie»).

⁶Sobre las múltiples definiciones, doctrinales y legales, del turismo y del turista, puede consultarse la documentada obra de ROCA ROCA, E./CEBALLOS MARTÍN, Mª M/ PÉREZ GUERRA, R., *La regulación del turismo en España*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería-Instituto de Estudios Almerienses de la Diputación de Almería, Almería, 1998, págs. 27-34.

⁷En el curso del procedimiento, el Gobierno finlandés interviene para mantener que, a los efectos de aplicación de la Directiva, lo esencial es que en el viaje combinado esté incluido la organización del alojamiento, sin que sea relevante la forma, el nivel o la duración del mismo, por lo que, en el supuesto planteado, concurriendo organización del transporte y del alojamiento, huelga valorar la presencia de otros servicios turísticos.

Aunque en algunos pasajes de su Preámbulo, la Directiva 90/314/CEE recoge alusiones al «sector turístico» (considerando primero), al turismo y al «turista» (considerando séptimo), la mayoría de sus normas está destinada a proteger a un sujeto cuyos contornos jurídicos se nos antojan más amplios: el consumidor. Por ello, no puede afirmarse que la citada Directiva –y, por extensión, la Ley 21/1995– tengan un ámbito de aplicación objetiva limitada exclusivamente a la prestación de servicios turísticos⁸, debiendo patrocinarse, como opción más favorable a los intereses de los usuarios, una delimitación conceptual de los viajes combinados, basada en una interpretación flexible de sus elementos integrantes y, en particular, de esos «otros servicios turísticos» a que aluden, tanto la Directiva 90/314/CEE como nuestra Ley 21/1995 (arts. 2º.1.c), con objeto de incluir dentro de tales servicios cualesquiera de ellos que sean prestados al usuario por el organizador, por el comercializador o, incluso, por terceros que actúen por cuenta de aquél o de éste, siempre que se trate de servicios previstos en la oferta e incluidos en el precio global, que no tengan carácter accesorio⁹ respecto del elemento principal del viaje combinado (transporte o alojamiento) y que representen (para el usuario) una parte significativa del mismo.

⁸En sus conclusiones, el Abogado General, M. Antonio Saggio, explica que en la versión finlandesa de la Directiva 90/314/CEE, la expresión «otros servicios turísticos» del artículo 2º.1.c) es sustituida por «otros servicios de viaje».

⁹Analizando la definición de viaje combinado recogida en la Ley 21/1995 y en la Directiva 90/314/CEE, la profesora GÓMEZ CALLE destaca que «el viaje ha de constar de, al menos dos prestaciones o servicios principales, tales como transporte o alojamiento. No habrá viaje combinado, a los efectos de esta normativa, cuando una de las dos únicas prestaciones sea accesoria de la otra, principal, a la que se encuentra funcionalmente subordinada: por ejemplo, servicio de restauración en el avión, transporte del aeropuerto a la ciudad, transporte del equipaje, cuando el viaje comprende el del viajero, coche-cama en el tren, desayuno en el hotel, etc. Sí lo habrá cuando las diversas prestaciones sean de similar importancia y tengan un valor por sí mismas: así, por ejemplo, si se combina alojamiento y/o transporte con alguna de las siguientes prestaciones: un curso de idioma, deportes o de formación (el subrayado es nuestro) excursiones, visitas o entradas para un espectáculo en el lugar de destino, servicio de guías en ese lugar...» (cfr., GÓMEZ CALLE, M^ª ESTHER, *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 71-72).

23

REQUISITOS DETERMINANTES DE LA
RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO HOTELERO
POR DESAPARICIÓN DE «EFECTOS INTRODUCIDOS
POR LOS VIAJEROS» (SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE MÁLAGA,
DE 5 DE JUNIO DE 1997 Y 22 DE SEPTIEMBRE DE 1998)

REQUISITOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO HOTELERO POR DESAPARICIÓN DE «EFECTOS INTRODUCIDOS POR LOS VIAJEROS» (SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, DE 5 DE JUNIO DE 1997 Y 22 DE SEPTIEMBRE DE 1998)*

Esther Cruces Pastor

**Profesora Titular E.U. de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga**

I. INTRODUCCIÓN

Ya viene conocido por todos el especial régimen de responsabilidad que distingue a los hoteleros en los supuestos de desaparición del equipaje y demás enseres personales introducidos por los clientes en sus establecimientos turísticos. En tales casos, la responsabilidad de los empresarios hoteleros surge como consecuencia del incumplimiento de la obligación de custodia que se le impone legalmente, en su condición de «depositario» de dichos enseres (arts. 1.101, 1.766, 1.783 y 1.784 Código Civil), por más que la relación jurídica que les vincula con los clientes (contrato de hospedaje) comprenda diversas prestaciones que exceden de las propias y genuinas del depósito (arts. 1.766 a 1.778 Código Civil). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1995 ha destacado el carácter complejo del hospedaje, caracterizándolo «como un contrato de tracto sucesivo en el que se combinan arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales), de obra (para comida) y depósito, para los efectos que introducen».

El objeto del presente trabajo es el examen de los presupuestos que la normativa legal sustantiva establece en materia de responsabilidad de los empresarios hoteleros cuando, como suele suceder con alguna frecuencia, desaparecen de las habitaciones del hotel pertenencias de los clientes que éstos dejan ((depositan!), en vez de llevarlas consigo.

La base normativa de la cuestión apuntada se encuentra en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil. Ambos preceptos son los únicos que, en nuestra legislación de Derecho Privado, se ocupan específicamente de la responsabilidad de los que, con terminología anacrónica, denomina «fondistas o mesoneros»:

*Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Investigación denominado «Legislación aplicable a las empresas turísticas» (Investigador Principal: Dr. Adolfo Aurióles Martín) y se ha beneficiado de la subvención otorgada por la Universidad de Málaga. Comunicación presentada en las II Jornadas de Derecho Turístico.

«Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos» (art. 1.783 Código Civil).

«La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor» (art. 1.784 Código Civil).

La cuestión hermenéutica esencial que plantean ambas disposiciones consiste en determinar si la responsabilidad de los «fondistas o mesoneros» (hoy, hoteleros) por desaparición de los efectos introducidos por sus clientes en el establecimiento, sólo queda excluida en los supuestos de «fuerza mayor», dentro de los cuales cabe situar la hipótesis del «robo a mano armada» -como señala el artículo 1.784 del Código Civil- o, si por el contrario, también puede predicarse la exoneración de responsabilidad atendiendo a las circunstancias previstas en el artículo 1.783 Código Civil.

Con relación a la cuestión planteada, nuestro Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que la responsabilidad del empresario hotelero por la desaparición de los objetos depositados por los clientes sólo queda excluida en los supuestos de fuerza mayor (Sentencia de 21 de enero de 1994) y, más concretamente, en los casos de «robo a mano armada» (Sentencia de 15 de marzo de 1990). Se trataría, en definitiva, de una responsabilidad que, como señala la Sentencia de 11 de julio de 1989, «está fundada en el riesgo profesional o de empresa, nace por la introducción en el hotel de los efectos por el huésped, sin necesidad de un previo contrato de depósito y sin requerirse la aceptación del fondista que queda, desde ese momento y hasta la terminación del contrato de hospedaje, responsable por los daños o la pérdida de los efectos introducidos en los términos establecidos en los artículos 1.783 y 1.784 del Código civil».

II. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO HOTELERO: REQUISITOS EX ARTÍCULOS 1.783 Y 1.784 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.783 del Código Civil subordina el nacimiento de la responsabilidad del hotelero respecto de los eventos dañosos que puedan producirse en los efectos introducidos al cumplimiento de determinadas cargas por parte de los clientes:

a) En primer lugar, se requiere que los clientes pongan en conocimiento del hotelero, o de sus empleados, los efectos que vayan a introducir en el establecimiento.

b) En segundo término, la norma exige que los clientes observen las prevenciones que el hotelero, o sus dependientes, les hagan sobre el cuidado y vigilancia de dichos efectos.

a) En relación con el primer punto, el recto cumplimiento de la disposición legal no estaría precisando por parte del cliente de una comunicación formal y expresa al hotelero en la que se relacionen los efectos introducidos, sino que se estimaría suficiente con que el ingreso de los efectos se realice a los ojos del hotelero o de sus empleados (SAP de Asturias, de 1 de octubre de 1992)¹. Tampoco, naturalmente, se exigiría la constitución del depósito mediante la entrega efectiva de los efectos al hotelero-depositario, para que éste los guarde y los devuelva cuando sea requerido por el cliente-depositante (art. 1.766 Código Civil) ya que, al tratarse de un «depósito necesario», se regiría por las concretas prevenciones legales que lo establezcan (art. 1.782, párr. primero, Código Civil).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990 afirma que «es de observar que no se hace por la ley, en este caso, ninguna salvedad a dicha exención y, en especial, como ya se deja indicado, *no se distingue si el viajero entregó sus efectos en el establecimiento o él mismo los conservó bajo su custodia*, observando las precauciones que se le hayan indicado. En uno y otro caso, se trata de un depósito necesario que no requiere aceptación del fondista ni concertación expresa de un contrato de depósito voluntario».

Con relación a la efectividad de la entrega, y ya en el terreno reglamentario, el artículo 78 de la Orden de 19 de julio de 1968, sobre criterios de clasificación de los establecimientos hoteleros, impone que:

A1. En todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que a tal efecto sean entregados, bajo recibo, por los huéspedes, siendo responsable los hoteleros de su pérdida o deterioro en los supuestos y en las condiciones establecidas en los artículos 1.783 y 1.784 del Código civil.

2. Sin perjuicio de la obligación a que se refiere el número anterior, en los establecimientos de cinco y cuatro estrellas existirán cajas fuertes individuales a disposición de los clientes que deseen utilizarlas, a razón de una por cada veinte habitaciones, salvo que se encuentren instaladas en éstas. De la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en las citadas cajas fuertes no serán responsables los hoteleros, a no ser que medie dolo de ellos o de sus empleados.

3. En todas las habitaciones, apartamentos o "suites", y en lugar que permita su lectura sin dificultad, figurará la indicación, en los idiomas español, francés, inglés y alemán, de que el establecimiento no responde del dinero, alhajas u objetos de valor que no sean depositados en la forma establecida en el número primero de este artículo."

¹Aranzadi civil, 1992, R. 1365.

Conforme a esta disposición administrativa, la utilización de la caja de seguridad del hotel es potestativa para el cliente quien, si lo desea, puede confiar al hotelero la custodia de los objetos de gran valor que lleve consigo. Como depositario, el hotelero estará obligado a su devolución, tan pronto como lo solicite el cliente y en el mismo estado en que le fueron entregados.

Cuando el cliente deposita los objetos de valor en la caja fuerte existentes en los establecimientos hoteleros la relación jurídica que le liga con el empresario hotelero tiene carácter dual ya que, a la relación de hospedaje, propiamente dicha, une la derivada del depósito voluntario constituido². En consecuencia, respecto a esos objetos de valor entregados para su custodia al hotelero, éste sólo sería responsable si el cliente realiza el depósito voluntario de los mismos. En cambio, para algunos autores³, la no utilización por el huésped de este servicio ofrecido por el hotel, no exime al empresario de su responsabilidad en caso de desaparición de los objetos, aunque existiría un problema de prueba a cargo del cliente que debe acreditar la introducción en el hotel de los objetos desaparecidos. En definitiva, el hecho de que los clientes no observen las prevenciones establecidas respecto a tales efectos por el empresario hotelero, no libera a éste de su deber de proporcionar una completa seguridad y no defraudar la confianza que el viajero tiene en ese establecimiento hotelero⁴.

b) El segundo de los requisitos previstos en el artículo 1.783 del Código Civil hace referencia a que, por parte de los huéspedes, se atiendan las instrucciones formuladas por el empresario hotelero o por sus empleados para el cuidado y vigilancia de los efectos introducidos.

El artículo 78.3 de la citada Orden de 1968 obliga a los empresarios hoteleros a advertir a sus clientes de la existencia del servicio de caja de seguridad ofrecido por el establecimiento para la custodia del dinero, alhajas y objetos de valor. Sin carácter excluyente de cualquier otro medio idóneo, la normativa reglamentaria exige que dicha advertencia figure en todas las unidades de alojamiento, de modo que, al ocupar su habitación, apartamento o *suite* (más bien, al franquear la puerta de esas estancias, puesto que suelen colocarse al dorso de la misma), se le recuerde al cliente la posibilidad de hacer uso del servicio de caja de seguridad. La exoneración de responsabilidad del hotel, según la norma reglamentaria, sólo afectaría al dinero, alhajas y objetos de valor no depositados en la caja de seguridad. Por el contrario, si el cliente realiza el depósito y desaparecen, o sufren algún deterioro los objetos depositados, se adoptará el régimen de responsabilidad previsto en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil. Lógicamente, también respecto a los demás efectos introducidos por el

²ROCA JUAN, J.: en *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, Albaladejo, M. (dir), Tomo XXII, vol. 1, Madrid, 1982, pág. 302.

³LACRUZ BERDEJO, J.: *Derecho de obligaciones*, vol. III, Barcelona, 1986, pág. 375; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero», en *Jornadas de Derecho y Turismo*, Andanzas III, Cuadernos de la Escuela Regional de Turismo de Castilla y León-Fundación Cultural Santa Teresa, Melgosa Arcos, F. Javier (coord.), pág. 36.

⁴SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: op. cit., pág. 37.

cliente, pero no depositados *ad hoc*, se aplicaría el régimen de responsabilidad ex artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil⁵.

Por último, el artículo 1.784 del Código Civil extiende la responsabilidad del empresario hotelero por los daños sufridos por los «efectos» de los viajeros como consecuencia de actos (u omisiones) de los empleados de aquél o, incluso, cuando los daños provengan de actos realizados por terceras personas, sin ningún tipo de vinculación con el empresario hotelero (culpa *in vigilando*).

Expresamente, el legislador exonera de responsabilidad al empresario hotelero en aquellos sucesos cuyos efectos no se pueden evitar, aunque se tomen todas las precauciones oportunas⁶. Siempre que se trate de hechos que escapen a la esfera espacial o personal del empresario, de hechos extraños al ejercicio de su actividad, quedará excluida la responsabilidad. Pero el legislador deja claro que la exoneración no opera ante eventos con resultados dañinos que se produzcan en el desempeño normal de su industria. Ello significa que, por tanto, no responderá el hotelero por causa de fuerza mayor, pero sí en los supuestos de caso fortuito⁷.

III. TESIS MANTENIDA POR LAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, DE 5 DE JUNIO DE 1997 Y 22 DE SEPTIEMBRE DE 1998⁸

La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga ha tenido ocasión de resolver dos asuntos en los que se plantea la problemática que estamos examinando. En ambos casos, se trata de dos resoluciones judiciales exculpatorias de responsabilidad del empresario hotelero por desaparición de determinados objetos cuya pérdida había sido denunciada por los clientes.

Tanto la sentencia de 5 de junio de 1997⁹ como la de 22 de septiembre de 1998¹⁰ coinciden en fundamentar su fallo en que el empresario hotelero cumple satisfactoriamente con el requisito previsto en el inciso final del artículo 1.783 del Código Civil, al advertir, en el reverso de la tarjeta indicativa del número de habitación que se entrega a todos los huéspedes o en carteles colocados en las

⁵PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: «Comentario a la Sentencia de 15 de marzo de 1990», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, 1990, pág. 536.

⁶La Sentencia de 15 de marzo de 1990 identifica el concepto de «fuerza mayor» con «aquellos hechos que están fuera del círculo industrial de la empresa, que causen un daño material y que excedan visiblemente de los accidentes propios de curso normal de la vida por la importancia de su manifestación».

⁷Así lo ha declarado, expresamente, el Tribunal Supremo en Sentencias de 11 de julio de 1989, 15 de marzo de 1990 y 27 de enero de 1994.

⁸Ambas sentencias coinciden, incluso literalmente, en su fundamentación.

⁹*Actualidad civil*, Audiencias, núm. 23/1 - 15 de diciembre de 1997, © 1784, págs. 2736-2737.

¹⁰*Actualidad civil*, Audiencias, núm. 3 - 18 al 24 de enero de 1999, © 67, págs. 156-157.

habitaciones, que la empresa no responde de las “alhajas, cantidades en metálico, documentos y objetos” que los clientes dejen en las habitaciones.

Ambas Sentencias consideran que, además de la exoneración de responsabilidad por causa de fuerza mayor (art. 1.784 Código Civil), el empresario hotelero queda totalmente exonerado si se le da aviso a los clientes sobre el cuidado y vigilancia que deben seguir para evitar la pérdida o desaparición de los efectos introducidos:

«... por lo que queda manifiestamente claro que la exoneración de responsabilidad de hoteleros, fondistas o mesoneros no queda limitada única y exclusivamente, a los casos de «fuerza mayor» o «robo a mano armada» que contempla el art. 1.784 CC, sino también a aquellos otros en los que los viajeros no cumplan la obligación que la norma comentada les impone - observar las prevenciones que se les impongan en el cuidado y vigilancia de los efectos introducidos...ya que..a la llegada al hotel se les entregó la tarjeta indicativa del número de habitación y, en el reverso de dicha tarjeta, según la documentación aportada, figura el aviso de que el hotel no respondía de las alhajas, cantidades en metálico, documentos y objetos que dejen los señores clientes en las habitaciones que ocupen...».

Para la Audiencia Provincial de Málaga, conforme a los criterios sentados en las resoluciones citadas, la responsabilidad del hotelero queda eliminada si adopta las adecuadas precauciones dirigidas a advertir a los clientes de las prevenciones que deben tener en cuenta para evitar la desaparición de cualquier objeto introducido en las dependencias del establecimiento hotelero:

«... consta como en las distintas habitaciones del hotel se advertía por escrito a los clientes que el establecimiento no respondía de las alhajas, cantidades en metálico y documentos u objetos que dejaran en su interior, reflejándose, al mismo tiempo, en el reverso de la tarjeta de la habitación, firmada por el marido de la actora en su anverso -folios 71 y 56- como el hotel no respondía del efectivo, joyas o valores que no fueren depositados en la caja fuerte, prevenciones que, sin duda alguna, inobservó la demandante... ».

La posición mantenida por la Audiencia Provincial de Málaga abre una interesante línea de interpretación conjunta de los artículos 1.783 y 1784 del CC ya que:

«... para que surja la responsabilidad indemnizatoria pretendida deben concurrir dos presupuestos: 1º Que los viajeros den conocimiento a fondistas o posaderos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa (inciso 2º del art. 1.783; y 2º Que los viajeros “observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de los efectos (art. 1.783, inciso 2º, por lo que queda manifiestamente claro que la exoneración de responsabilidad de hoteleros, fondistas o mesoneros no queda limitada, única y exclusivamente, a los

casos de "fuerza mayor" o "robo a mano armada" que contempla el art. 1.784 CC, sino también a aquellos otros en los que los viajeros no cumplan la obligación que la norma comentada les impone...»

Finalmente, conviene dejar planteadas dos interrogantes que sugieren la lectura de las dos sentencias citadas: a) El aviso admitido por el Tribunal como suficiente para exonerar de responsabilidad a los empresarios hoteleros hace referencia a "alhajas, objetos de valor, documentos y objetos dejados en la habitación", el término objeto ¿engloba cualquier efecto que haya introducido el huésped en el establecimiento?, si esto es así, pensamos que se está desvirtuando la figura del depósito necesario que va unido al contrato de hospedaje, en la medida en que el empresario hotelero no se responsabiliza de ninguno de los efectos que el huésped introduzca en su establecimiento y, b) la tarjeta de la habitación firmada por el visitante donde figura esa prevención ¿podemos considerarla cómo un contrato?, si admitimos esa hipótesis la exoneración de responsabilidad que realiza el empresario hotelero podría ser considerada cláusula abusiva contraria a lo previsto en el artículo 10 bis LGCyU (añadido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación) que establece: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", y en la D.A. 1º 10 de la misma norma que considera tendrán carácter abusivo las cláusulas o estipulaciones que priven al consumidor de derechos básicos como la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquel".

24

REFLEXIONES SOBRE LA EXIGENCIA DE
FORMA JURÍDICA ESPECÍFICA PARA LAS AGENCIAS
DE VIAJES: LA POSIBILIDAD DE AGENCIAS DE
VIAJES-PERSONAS FÍSICAS

REFLEXIONES SOBRE LA EXIGENCIA DE FORMA JURÍDICA ESPECÍFICA PARA LAS AGENCIAS DE VIAJES: LA POSIBILIDAD DE AGENCIAS DE VIAJES-PERSONAS FÍSICAS*

M^º Belén González Fernández

**Profesora Ayudante de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga**

I. LA REGULACIÓN SOBRE LAS AGENCIAS DE VIAJES

En el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas diseñado por nuestra Carta Magna, a estas últimas les correspondía, conforme al artículo 148.1.18 CE, la posibilidad de asumir como propias las relativas a la *promoción y ordenación del turismo* en sus respectivos ámbitos territoriales. Esta previsión ha dado como resultado que, en la actualidad, la competencia legislativa en materia turística aparezca atribuida, con carácter exclusivo, a las distintas Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía¹.

Al Estado le resta, en el sector turístico, una intervención indirecta, derivada, por un lado, de la incidencia que en el mismo puedan tener otras competencias que le son expresa y exclusivamente atribuidas en el artículo 149 CE, entre las que suelen mencionarse las relativas al comercio exterior (art. 149.1.10 CE), las relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE), la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) o, incluso, la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (art. 149.1.30 CE)². Por otro lado, su intervención podría derivarse, también, de su competencia exclusiva en cuanto a la legislación civil y mercantil (art. 149.8 y 6 CE).

*Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Investigación denominado «Legislación aplicable a las empresas turísticas» (Investigador Principal: Dr. Adolfo Auriolés Martín) y se ha beneficiado de la subvención otorgada por la Universidad de Málaga. Comunicación presentada en las II Jornadas de Derecho Turístico.

¹La única excepción la constituyen las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que sólo han asumido al respecto facultades de administración, inspección y sanción y, en los términos establecidos por la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria.

²La repercusión de los títulos competenciales estatales sobre los que exclusivamente son asumidos por las Comunidades Autónomas ha provocado conflictos entre éstas y el Estado en muy diversos ámbitos. Así, v. la STC 86/1989, de 11 de mayo (BOE de 13 de junio de 1989) sobre mutualidades. En concreto, en materia turística, v. la STC 125/1984, de 20 de diciembre (BOE 11 de enero de 1985) sobre calificación hotelera o la STC 122/1989, de 6 de julio (BOE de julio de 1989) sobre titulación de los guías y los guías-intérpretes.

En el ejercicio de sus competencias son muchas las disposiciones que las Comunidades Autónomas han ido dictando sobre diversas materias relacionadas con el sector turístico³. Sin embargo, la disparidad de criterios entre las distintas Administraciones a la hora de legislar y la falta de armonización entre ellas ha ocasionado una situación compleja, o mejor, confusa, en algunas de esas materias por la que, en última instancia, pueden resultar perjudicados no sólo los consumidores turistas, sino también los propios operadores del subsector turístico de que se trate⁴.

En el caso concreto de las Agencias de viajes y dada la naturaleza de la actividad que éstas desarrollan, que normalmente trasciende los límites geográficos de una Comunidad Autónoma, se intentó evitar una de esas situaciones y llegar a un consenso, de forma que las distintas reglamentaciones que cada una de ellas particularmente elaborase fuesen lo más similares posible⁵. Esta necesidad de homogeneidad en la regulación sobre Agencias de viajes tuvo su expresión en la Conferencia Sectorial de Turismo celebrada en Madrid, el 7 de octubre de 1987, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico.

Como resultado de la misma se dictaron el RD 271/1988, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades de las Agencias de viajes y, en desarrollo del mismo, la OM de 14 de abril de 1988, sobre normas reguladoras de las Agencias de viajes (en adelante la OM). Ambas disposiciones conforman la actual regulación española, de carácter estatal⁶, sobre Agencias de viajes que resulta hoy por hoy aplicable⁷ en aquellas Comunidades Autónomas que no han procedido a regular esta materia⁸.

³Una minuciosa y ordenada recopilación de todas estas disposiciones puede encontrarse en el trabajo de ROCA ROCA, E., CEBALLOS MARTÍN, M^a M., y PÉREZ GUERRA, R., *La regulación jurídica del turismo en España*, Almería, 1998, p. 139 y ss.

⁴El ejemplo más claro de esta disparidad normativa se encuentra en el sector de los alojamientos turísticos.

⁵La necesidad de un pacto autonómico en este sentido venía siendo reclamado también desde la doctrina. Así v. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J., "Competencias en materia turística de las Comunidades Autónomas. (Reflexiones sobre la Sentencia 125/84, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional)", RET, núm. 85, 1985, p. 45.

⁶Con anterioridad, las Agencias de viajes habían sido reguladas, sucesivamente, por el Decreto de 19 de febrero de 1942; el Decreto 735/1962, de 29 de marzo, desarrollado por la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1963; y el Decreto 1524/1973, de 7 de julio, completado por la Orden Ministerial de 9 de agosto de 1974. También fueron contempladas en el Decreto 231/1965, de 14 de enero, que aprobaba el Estatuto Ordenador de las Empresas y Actividades Turísticas Privadas.

⁷Sobre la potestad normativa general del Estado, que excede de su esfera de competencias en las Comunidades Autónomas v. BALAGUER CALLEJÓN, F., "Validez y vigencia de las leyes estatales en el territorio nacional", RVAP, núm. 26, 1990, p. 191 y ss.

⁸En concreto, en el País Vasco y en Andalucía.

La mayoría de las Comunidades Autónomas sí procedieron a dictar su propia normativa sobre Agencias de viajes, unas antes que otras, y algunas, incluso, antes que el propio legislador estatal⁹. Entre las reglamentaciones autonómicas y la normativa estatal no existen diferencias relevantes, habida cuenta del previo acuerdo alcanzado al respecto.

En este estado de cosas, se publica en 1990, 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. Sin pretender establecer un régimen particular sobre Agencias de viajes, el contenido de esta Directiva va incidir sobre las disposiciones que las reglamentan en nuestro país, al haberse contemplado tradicionalmente en nuestro Ordenamiento los viajes *organizados* como parte del régimen general de las actividades propias de las Agencias de viajes, y no como un contrato singular¹⁰. Como consecuencia, en algunas de las Comunidades Autónomas se procede a una revisión y actualización de la normativa dictada tras la Conferencia Sectorial de 1987. En algunos casos, incluso, dicha revisión tiene lugar antes de que el contrato de viaje combinado sea regulado expresamente por el legislador estatal al amparo de las competencias exclusivas que, sobre la legislación civil y mercantil, le reconocen los apartados 8 y 6 del artículo 149.1 CE¹¹. Así, antes de la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados (en adelante LVC), por la que se incorpora la Directiva 90/314/CEE, se dictan nuevos reglamentos en las Comunidades Autónomas de Cataluña

⁹La normativa que entonces se dicta es la siguiente: En Aragón, el D. 184/1988, de 5 de diciembre; en Asturias, el Decreto 31 /1988, de 18 de febrero; en las Islas Baleares, el Decreto 9/1988, de 11 de febrero; en Canarias, el Decreto 231/1987, de 31 de diciembre; en Cantabria, el Decreto 50/1990, de 3 de septiembre; en Castilla-La Mancha, el Decreto 2/1988, de 12 de enero; en Castilla y León, el Decreto 61/1990, de 19 de abril; en Cataluña, el Decreto 45/1988, de 13 de enero; en Extremadura, el Decreto 82/1987, de 28 de diciembre; en Galicia, el Decreto 155/1989, de 22 de junio; en La Rioja, el Decreto 8/1988, de 6 de mayo; en Madrid, el Decreto 216/1987, de 28 de diciembre; en Murcia, el Decreto 115/1987, de 24 de diciembre; en Navarra, el Decreto Foral 141/1988, de 4 de mayo; y en Valencia, el Decreto 58/1988, de 25 de abril.

¹⁰En este sentido v. AURIOLÉS MARTÍN, A., "La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje", RDM, núm. 206, 1992, p. 823. Cuando se promulga la Directiva 90/314/CEE el contrato de viaje combinado era en nuestro Ordenamiento un contrato atípico, tratándose algunos de sus aspectos (el contenido del programa de viaje, la revisión del precio...) en los artículos 27 y ss. de la OM, que estaban dedicados a los "paquetes turísticos" (noción ésta que no coincide exactamente con la de viajes combinados pero que puede entenderse comprensiva de ella). Aunque, como se ha señalado, dado el carácter administrativo de esta norma no podía hacerse valer ante la jurisdicción civil, en reclamaciones planteadas por los particulares por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las Agencias de viajes. Sobre estas cuestiones v. GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998, p. 51 y ss.

¹¹En realidad, la transposición de la Directiva 90/314/CEE supuso una operación de *redelimitación* de las competencias sobre turismo entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues, aún teniendo éstas competencias exclusivas en la materia, la regulación del contrato de viaje combinado contenida en la norma comunitaria se incardinaba en el ámbito jurídico-privado mercantil y civil, respecto al cual al Estado le corresponden competencias exclusivas en virtud del mencionado artículo 149.1, 6 y 8 CE. Al respecto v. AURIOLÉS MARTÍN, A., "La Directiva...", p. 828; GÓMEZ CALLE, E., *El contrato...*, p. 54 y ss.

y de las Islas Baleares¹². Después de la LVC han modificado sus respectivas normativas las Comunidades de Madrid, Valencia, de nuevo Islas Baleares, La Rioja y Canarias¹³.

De las distintas regulaciones existentes sobre Agencias de viajes que podemos encontrarnos en España nos interesa en este trabajo un aspecto concreto: la forma jurídica que en cada una de ellas se exige a la Agencia de viajes.

II. LA FORMA JURÍDICA DE LAS AGENCIAS DE VIAJES

El primer elemento que puede señalarse respecto de la naturaleza de las Agencias de viajes es su condición jurídica de empresarios. Esta configuración empresarial de las Agencias de viajes se presenta como nota común en las reglamentaciones dictadas por las distintas Administraciones¹⁴. Consecuencia de ella será la necesaria sujeción de las Agencias al estatuto jurídico profesional propio de los comerciantes.

Conforme se establece en el primer artículo de nuestro Código de Comercio, comerciantes podrán ser tanto las personas físicas, como las personas jurídicas con forma de sociedad mercantil. La alternativa para desarrollar una actividad empresarial de una u otra manera existe siempre, en principio, salvo en aquellos supuestos en los que la normativa aplicable a una actividad concreta exige, expresamente, una forma jurídica determinada. Tal es el caso de las actividades bancarias, financieras, bursátiles¹⁵... y, por lo que a nosotros interesa ahora, hasta tiempos recientes, puede decirse que ha sido el caso, también, de la actividad propia de las Agencias de viajes.

¹²La nueva reglamentación catalana se recoge en el Decreto 168/1994, de 30 de mayo. En las Islas Baleares se dicta el Decreto 43/1995, de 6 de abril. Sobre el resultado de la transposición, a través de estas normas, de la Directiva 90/314/CEE v. GÓMEZ CALLE, E., *El contrato...*, p. 57 y ss.

¹³En concreto se han dictado el Decreto 99/1996, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid; el Decreto 20/1997, de 11 de febrero, de la Comunidad Valenciana; el Decreto 60/1997, de 7 de mayo, de la Comunidad Balear; el Decreto 35/1997, de 27 de junio, de la Comunidad de La Rioja; y el Decreto 176/1997, de 24 de julio, de la Comunidad Canaria.

¹⁴Así se establece en el artículo 1 del RD 217/1988 *Tienen la consideración de Agencias de Viajes las Empresas...* y, en general, en toda la normativa autonómica sobre la materia. Esa caracterización aparece, además, desde las primeras referencias legales sobre Agencias de viajes. Al respecto v. PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. *Los contratos celebrados con las Agencias de viajes (Ensayo para un estudio de su régimen jurídico)*, Málaga, 1973, p. 13, que, analizando la regulación de los años sesenta y setenta sobre Agencias de viajes, observa que de la misma se desprende, de forma inequívoca, que las Agencias de Viaje han de considerarse a todos los efectos como auténticos empresarios mercantiles.

¹⁵El RD 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito determina que para obtener y conservar la autorización de banco privado será necesario, entre otros requisitos, revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea (art. 2.1.a); el RD 692/1996, de 26 de abril, sobre régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito dispone también que para obtener la autorización correspondiente será necesario, entre otras cosas, revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida (art. 5.1.a); la Ley 24/1988, de 28

Así se desprende de la reglamentación estatal, en la que se reserva en exclusiva la condición legal de Agencia de viajes a *las empresas constituidas en forma de Sociedad Mercantil, Anónima o Limitada, que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedican profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/o organización de servicios turísticos...* (art. 1 OM). La necesidad de que la Agencia revista forma societaria está presente también cuando se relaciona la documentación a presentar junto a la solicitud del título-licencia correspondiente -se incluye la escritura de constitución de la sociedad y se especifica el capital social mínimo (art. 5, a) OM)-, o cuando se establecen las causas de revocación de dicha autorización -entre otras se mencionan las previstas en el ordenamiento español para la extinción de sociedades mercantiles y la reducción del capital social por debajo de los importes indicados en la propia OM (art. 12, a) y d)-. Pero, además, la OM no admite que se pueda recurrir a cualquier tipo de sociedad mercantil, sino que especifica los concretos tipos sociales que podrán ser utilizados, el de sociedad anónima y el de sociedad limitada. Quienes, evidentemente, quedan excluidos del sector de las Agencias de viajes, con arreglo a esta normativa, son los empresarios individuales. Estos no podrán ser titulares de una Agencia de viajes¹⁶.

Las disposiciones autonómicas dictadas de acuerdo con la reglamentación estatal reprodujeron inicialmente la misma exigencia. Se utilizaban para ello los mismos términos literales del artículo 1 de la OM¹⁷. No obstante, resulta significativo que dos de las Comunidades que más tardíamente elaboraron su propia normativa, Galicia y Castilla León, no incorporasen ya este requisito, ampliando el espectro de los sujetos que podían dedicarse a las actividades propias de las Agencias de viajes. En estas regulaciones se reconoce la posibilidad de que las Agencias puedan ser, indistintamente, empre-

de julio, del Mercado de Valores establece que para que una entidad obtenga su autorización como empresa de servicios de inversión (sea sociedad de valores, agencia de valores o sociedad gestora de carteras) deberá revestir forma de sociedad anónima o de sociedad limitada (art. 67.2. b), conforme a la nueva redacción dada por el artículo quinto de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).

¹⁶La exigencia de una forma jurídica específica supone la utilización de la fórmula que, a juicio del legislador, mejor se adapta a una actividad económica concreta y resulta especialmente conveniente en aquellos casos en que se requiere una importante dosis de transparencia en la actuación de los operadores del tráfico. Sin embargo, puede suponer un serio inconveniente para la promoción de ciertos sectores. En el caso de las Agencias de viajes, VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, II, Barcelona, 1990, p. 371, califica de *incongruente* la restricción de su forma jurídica, a la de las sociedades mercantiles anónimas o limitadas, con el principio de fomento de las sociedades cooperativas, constitucionalmente consagrado en el artículo 129.2 CE. No obstante, esta exigencia no ha existido siempre en nuestro Ordenamiento. Más bien podría decirse que la tradición era la contraria, pues en las regulaciones de 1942, 1962, 1963 y 1965 se establecía que las Agencias de viajes podían ser tanto personas naturales como jurídicas. Fue en la regulación de 1973 y 1974 cuando se excluyó por primera vez del sector a los empresarios individuales, y en la de 1988 cuando se redujeron las formas sociales utilizables a las de la sociedad anónima y la de la sociedad de responsabilidad limitada. Esta última limitación de la forma jurídica de las Agencias de viajes se justifica, según AURIOLES MARTÍN, A., "La Directiva...", p. 826, por el reconocimiento de la auténtica realidad del sector, constituida por el absoluto predominio de estas concretas formas de sociedad mercantil.

¹⁷V., por ejemplo, el artículo 1.1 del Decreto 184/1988 aragonés, el artículo 2.1 del Decreto 8/1988 de La Rioja, o el artículo 1.1 del Decreto 141/1988 navarro.

sarios personas físicas o sociedades mercantiles, concretándose, sólo en el caso del Decreto gallego, el tipo social a adoptar en caso de elegir la fórmula societaria (art. 5.3 del Decreto 155/1989, que se refiere a la sociedad anónima y a la limitada). Y es significativo porque, precisamente, ésta será la tendencia que reflejarán las posteriores revisiones realizadas sobre las regulaciones de Agencias de viajes.

Efectivamente, la normativa autonómica resultante de las revisiones que han tenido lugar en los últimos años ha suprimido, en la mayoría de los casos, la exigencia de la forma societaria. Así ha ocurrido en las Comunidades de Madrid, Valencia, Islas Baleares y La Rioja¹⁸. Se mantiene, sin embargo, en las Comunidades de Cataluña y Canarias, limitándose también, en estos casos, a los tipos de la sociedad anónima y la limitada. La supresión de la forma societaria para poder desarrollar esta concreta actividad empresarial se justifica, en los preámbulos de las nuevas reglamentaciones, por la necesidad de adaptar ciertos aspectos de las Agencias de viajes a las modernas líneas de mercado.

Se podría afirmar que estas nuevas orientaciones vienen marcadas desde el propio Derecho Comunitario. En la Directiva 90/314/CEE, las nociones de organizador y detallista -que realizan una de las actividades típicas de las Agencias de viajes¹⁹- no descansan sobre la naturaleza individual o social que éstos hayan de ostentar, sino, exclusivamente, sobre la participación de cada uno de ellos en el diseño del viaje combinado que se ofrece al consumidor. De esa forma, el primero, el organizador, será la *persona* que programe de forma no ocasional esos viajes y los ofrezca al público, directamente o a través de un detallista (art. 2.2 Directiva), y éste último será la *persona* que venda al público el viaje proyectado por el organizador (art. 2.3 Directiva). La utilización del término genérico *persona* no conlleva limitación alguna de forma jurídica.

Por su parte, el legislador español, en la norma de transposición de la Directiva ha sido más preciso y, además de especificar en las definiciones del organizador (art. 2.2 LVC) y del detallista (art. 2.3 LVC) que ambos podrán ser *personas físicas o jurídicas*, en su Disposición Adicional Segunda señala que ambos *deberán tener la condición jurídica de Agencia de viajes de acuerdo con la normativa administrativa que se dicte al efecto*. No parece, por tanto, que exista inconveniente, por lo que a la organización y venta de viajes combinados se refiere, respecto a que las Agencias de viajes puedan ser empresarios individuales. Los inconvenientes vendrán, como de hecho ocurre, de la mano de la normativa administrativa. Como hemos visto, la reglamentación de carácter estatal, allí

¹⁸Atendiendo exclusivamente al régimen de las Agencias de viajes previsto por el RD y la OM se sigue afirmando con rotundidad que las Agencias de viajes no pueden ser más que sociedades mercantiles. En este sentido GÓMEZ CALERO, J., *Régimen Jurídico del contrato de Viaje Combinado*, Madrid, 1997, p. 46; GÓMEZ CALLE, E., *El contrato...*, p. 87. Pero en estos casos no se tiene en cuenta la normativa autonómica más reciente.

¹⁹Aunque, como señala AURIOLÉS MARTÍN, A., "La Directiva...", p. 839, conforme al tenor de la norma comunitaria no parece que, además de típica, pueda ser una actividad exclusiva y excluyente, por tanto, de otros sujetos distintos de las Agencias de viajes.

donde resulte aplicable, determinará la necesaria configuración como empresario social, con la forma de anónima o limitada, de las Agencias de viajes, sean éstas organizadoras o detallistas, a pesar de lo establecido en el artículo 2 de la LVC²⁰. Y lo mismo ocurrirá en aquellas Comunidades Autónomas cuyas particulares normativas no han incorporado al sector a los empresarios individuales. Resulta, pues, evidente la necesidad de revisar estas normas a efectos de adecuarlas a las previsiones menos restrictivas de la LVC.

III. LOS EMPRESARIOS INDIVIDUALES TITULARES DE AGENCIAS DE VIAJES

La inclusión de los empresarios individuales entre quienes pueden dedicarse a la actividad propia de las Agencias de viajes se ha producido de forma similar en las distintas Comunidades Autónomas. No se les ha reservado, en ningún caso, una de las tres clases de Agencia previstas, a pesar de que pudiera pensarse que, normalmente, se tratará de empresas más reducidas que las que revistan la forma de sociedad mercantil. Los empresarios individuales, en consecuencia, podrán constituir, indistintamente, Agencias mayoristas, minoristas, o mayoristas-minoristas. Los requisitos básicos que deberán cumplir para la obtención del título-licencia correspondiente serán, también en todos los casos, los mismos que los exigidos para las Agencias de forma societaria²¹. Existe, sin embargo, cierta particularidad en algunas de las legislaciones autonómicas que debe mencionarse.

En las normativas gallega (art. 5.2. b) del Decreto 155/1989), castellano-leonesa (art. 5.2. b) del Decreto 61/1990) y balear (art. 4.4 del Decreto 60/1997) nos encontramos con la exigencia de que los empresarios individuales que pretenden obtener el título-licencia de Agencia de viajes deben presentar documento acreditativo de constar inscritos, o de haber solicitado la inscripción, como tales,

²⁰En algún caso se ha apuntado que la LVC, como norma de rango superior que, además, deroga de forma expresa *todas las disposiciones de igual o inferior rango* que contradigan lo que en ella se establece (Disposición Derogatoria Única de la LVC), debe prevalecer siempre sobre la OM en caso de divergencia. V. al respecto GÓMEZ CALERO, J., *Régimen jurídico...*, p. 49. La cuestión sería determinar si en este punto concreto, el de la forma jurídica de las Agencias de viajes, la LVC derogaría la OM. Por un lado, dado que en la LVC existe una remisión expresa a la normativa administrativa en cuanto a la determinación de los sujetos que tienen la consideración de Agencias de viajes (... *de acuerdo con la normativa administrativa que se dicte al efecto*), parece que éstas deberán revestir la forma que dicha normativa señale, quedando vigente la OM y, en cada caso, la normativa autonómica correspondiente. Pero, por otro, dada la especificación de la LVC al referirse a los sujetos que deberán tener la consideración de Agencias de viajes (... *personas físicas o jurídicas...*) Podría entenderse la remisión a la normativa administrativa referida sólo a los trámites y requisitos necesarios para la obtención del título-licencia correspondiente, pero no a la naturaleza o forma jurídica del solicitante.

²¹Nos referimos a las obligaciones de contratar una póliza de seguro que cubra los riesgos derivados del normal desarrollo de sus actividades, constituir la fianza correspondiente a la clase de Agencia de que se trate, disponer de locales que reúnan las características que se señalen, etc.

en el Registro Mercantil. Se trata de una formalidad que convierte en obligatoria la *potestad*, tal como se concibe en el artículo 19 del C. Co., de que los empresarios individuales, distintos de los navieros, se inscriban en el Registro Mercantil. El rango reglamentario de las normas en que se contiene este requisito, no obstante, podría plantear dudas acerca de su validez²². En cualquier caso, constituiría ésta una de las excepciones en las que el acceso al Registro Mercantil se produciría con carácter previo a la obtención de la preceptiva autorización administrativa para desarrollar la actividad (art. 84. 1 RRM).

En el caso de la reglamentación balear, la exigencia de la inscripción en el Registro Mercantil va acompañada de otra más «singular»: en dicha inscripción debe constar *un capital o patrimonio afecto a la actividad* que cubra el capital mínimo requerido para las Agencias de viajes que son sociedades mercantiles. La circunstancia de que, por el momento, ningún empresario individual haya solicitado la autorización para constituir una Agencia de viajes, impide saber cómo se ha de materializar en la práctica esta exigencia reglamentaria.

La finalidad de la norma tampoco aparece clara. Si con ella se pretende limitar, al importe de ese capital o de esa masa patrimonial, la responsabilidad personal del empresario individual dedicado a la actividad propia de las Agencias de viajes, se estaría recurriendo a una fórmula cuya posibilidad ha sido claramente excluida por el legislador español en la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 89/667/CEE, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único. Nos referimos a la figura del Empresario Individual de Responsabilidad Limitada²³. Ésta se ofrecía, en el artículo 7 de la Directiva 89/667/CEE, como alternativa para aquellos

²²De hecho, el artículo 81. m) del RRM señala que la inscripción registral podrá resultar obligatoria para las personas o entidades, distintas de las que expresamente señala, cuando así lo establezcan *las Leyes*, lo que parece reservar a normas de dicho rango, la posibilidad de exigir la correspondiente inscripción.

²³En la búsqueda de un instrumento que permitiera igualar el riesgo patrimonial del empresario individual con el de las sociedades mercantiles que gozan de responsabilidad limitada, la doctrina había venido formulando diversas propuestas. V. en este sentido los trabajos de GARCÍA ÁLVAREZ, S., *La O.I. persona jurídica mercantil de fisonomía individual*, Madrid, 1944; TRÍAS DE BES, F., "La limitación de responsabilidad aplicada a las empresas individuales", AAMN, 1948, p. 364 y ss; VALLS TABERNER, F., "Hacia la limitación de responsabilidad de la empresa individual", RJC, 1952, p. 110 y ss.; SOLA DE CAÑIZARES, F., "Las formas jurídicas de las empresas", RDM, núm. 39, 1952, p. 293 y ss.; VICENTE Y GELLA, A., "La responsabilidad limitada de la empresa individual", RDM, núm. 47-48, 1953, p. 152 y ss. Incluso se formuló una Proposición de Ley sobre Régimen Jurídico de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada por el Grupo Popular (BOCG (S), núm. 2234 (a), II Legislatura, de 1 de febrero de 1985) que no llegó a ser tomada en consideración por el Pleno del Senado. Sobre las objeciones a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada v. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., "La 12ª Directiva del Consejo (89/667/CEE) sobre la Sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada", p. 260 y ss. Básicamente puede decirse que ha sido la incompatibilidad de estas propuestas con el principio de responsabilidad patrimonial universal, consagrado en el artículo 1911 C.C. lo que, en todo momento, ha impedido su consolidación legal.

Estados en que no se estimara oportuno admitir la constitución de sociedades unipersonales²⁴. El legislador español, en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (en adelante LSRL) ha optado por la fórmula de la sociedad de un solo socio (Capítulo XI y Disposición Adicional Segunda, apartado 23 de la LSRL), por lo que tampoco parece ajustado a derecho que, *reglamentariamente* se reconozca una opción que *legalmente* ha sido descartada. Ahora bien, esta referencia a la *afectación* de una masa patrimonial concreta por parte del empresario individual, sin ulterior especificación de su destino, podría interpretarse, de forma lata, como un requisito necesario para la obtención del título-licencia correspondiente, sin que supusiese una alteración del régimen de responsabilidad patrimonial configurado, con carácter general, en el artículo 1911 C.C. En ese caso, se trataría, simplemente, de que el empresario individual acreditase, de alguna forma (mediante una declaración jurada de bienes o la presentación de una certificación bancaria o un aval bancario, por ejemplo), que cuenta al menos con el mismo patrimonio que se exige a las empresas sociales, para iniciar su actividad. En cualquier caso, la referencia a la *afectación* del patrimonio no resulta demasiado afortunada.

IV. CONCLUSIONES

Si la exigencia de forma jurídica específica para el desarrollo de una determinada actividad económica puede tener consecuencias negativas, es indudable que tales consecuencias se acentúan cuando dicha exigencia no resulta aplicable con carácter general en todo el territorio de un Estado. En este caso, no sólo se limitan las posibilidades de expansión de ciertos operadores económicos -que no revisten la forma jurídica adecuada-, sino que, además, se genera una situación de desigualdad en cuanto a las condiciones que permiten el acceso a una misma actividad, dependiendo del lugar, dentro del territorio nacional, en que el sujeto interesado se encuentre.

Esta última podemos decir que es la situación que han generado las distintas reglamentaciones vigentes, estatal y autonómicas, en materia de Agencias de viajes y, en concreto, por lo que se refiere a la posibilidad de que empresarios personas físicas puedan ser sus titulares.

Los Tribunales han tenido ocasión de manifestarse al respecto, concluyendo que, una norma autonómica que modifique las condiciones básicas en que una actividad es ejercida por el resto de los

²⁴Para BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, Madrid, 1996, p. 55, no se trata realmente de una alternativa que excluya la posibilidad de que un Estado miembro pueda optar por introducir en su legislación interna tanto la empresa individual de responsabilidad limitada como la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, ya que se trata de figuras jurídicas con las que se pueden alcanzar fines distintos.

empresarios españoles, aunque se dicte en el marco de las competencias que corresponden a la Comunidad, es contraria a los artículos 149.1.1, 14 y 139 de la Constitución²⁵.

El caso es que, teniendo asumidas las Comunidades Autónomas competencias exclusivas en cuestiones de turismo, la igualdad en todo el territorio español respecto de las condiciones de acceso al subsector turístico de las Agencias de viajes, pasa necesariamente, por un nuevo acuerdo entre ellas, una vez desaparecida, en este punto, la homogeneidad normativa inicialmente proyectada.

La tendencia actual, aunque con un reflejo en el derecho positivo todavía minoritario (como hemos visto sólo seis de las reglamentaciones autonómicas se manifiestan en este sentido), parece ser la de dar entrada a los empresarios personas físicas, suprimiendo de la regulación administrativa sobre organización y funcionamiento de las Agencias de viajes, la exigencia de forma jurídica específica. Esta línea, sería la más acorde con la postura comunitaria, tal como se refleja en la Directiva 90/314/CEE. Pero, además, supondría una ampliación del campo de actuación de las pequeñas y medianas empresas, de acuerdo también con la constante inquietud de las instituciones comunitarias por afianzar la presencia de éstas en la actividad económica general, en cuanto agentes de particular trascendencia para el desarrollo de la competencia y el fomento del empleo²⁶.

Sería conveniente señalar al respecto que una de las medidas que se han adoptado en el ámbito comunitario con la finalidad de potenciar las pequeñas y medianas empresas ha sido la de facilitar al empresario individual la limitación de la responsabilidad derivada de las deudas que pudiera generar su negocio (Considerandos Tercero y Quinto de la Directiva 89/667/CEE). Esa limitación de responsabilidad se ha articulado, básicamente, sobre la figura de la sociedad de un solo socio²⁷ que, en consecuencia, ha pasado a ser parte de nuestro Ordenamiento, a través de la nueva LSRL.

²⁵V. la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 22 de febrero de 1989, AA, núm. 26, 1989, p. 1567 y ss. Aunque el argumento de la Sala nos parece acertado, sin embargo, consideramos que en el asunto concreto que se le planteaba (la incompatibilidad del artículo 1.1 del Decreto 216/87 madrileño, que exigía la forma de sociedad anónima o limitada para las Agencias de viajes, con el principio de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales) se equivocaba al considerar que la normativa de ámbito estatal no aludía a una forma jurídica concreta, pues aunque, efectivamente, el RD 271/1988 se refiere a las Agencias de viajes simplemente como "Empresas", la OM que desarrolla el RD 271/1988 (que la propia Sentencia menciona), especifica que esas Empresas deberán estar constituidas "en forma de Sociedad Mercantil, Anónima o Limitada".

²⁶V. el Programa de acción para las pequeñas y medianas empresas aprobado por Resolución del Consejo de 3 de noviembre de 1986 (DOCE núm. C 287, de 14 de noviembre de 1986, p. 1) y la Recomendación 96/280/CE de la Comisión de 3 de abril de 1996 sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 107, de 30 de abril de 1996).

²⁷Aunque inicialmente ésta fuese la única finalidad de la admisión de la sociedad unipersonal (como se deriva de las primeras versiones de la Directiva 89/667/CEE), el legislador comunitario era consciente de que se trataba de un instrumento que podía ser útil también en otros ámbitos, como el de los grupos de sociedades. Por ello, la Directiva 89/667/CEE deja amplio margen a los Estados miembros para que puedan utilizarla también en estos otros sectores, mientras no cuenten con una regulación propia de los mismos (Considerando Sexto), o para que, por el contrario, establezcan las restricciones que consideren necesarias, circunscribiendo su utilidad a la limitación de responsabilidad del empresario individual.

En relación con las Agencias de viajes, ésta podría ser la fórmula que permitiera el acceso al sector de quienes quieren desarrollar en solitario su actividad empresarial, sin que, por otro lado, se rompiera la igualdad de forma -sociedad mercantil anónima o limitada- entre las Agencias de viajes de distintas Comunidades Autónomas o, incluso, entre las de una misma Comunidad Autónoma.

No obstante, beneficia más a las empresas jóvenes la figura del empresario individual -siempre que no se le exija la *afectación* de un determinado patrimonio, como en la regulación balear-, que la de la sociedad unipersonal pues, con esta última, los desembolsos que inicialmente deberá realizar para poder comenzar la actividad serán siempre mayores. Además de prestar la fianza y contratar la póliza de seguro correspondientes al tipo de Agencia de que se trate, al margen, por supuesto, de los gastos que implique la adquisición de locales o la solicitud del nombre y rótulo comercial, deberá contar con un capital social mínimo desembolsado de diez, veinte o treinta millones de pesetas, según los casos²⁸. Con la forma de empresario individual, aunque no goce del beneficio de la limitación de responsabilidad, le será más fácil iniciar el negocio.

Por otro lado, si a la Agencia de viajes cuyo titular va a ser un empresario individual, se le exigen las mismas garantías y se establecen sobre ella los mismos controles que en el caso de que fuera una sociedad mercantil quien la constituyera, no encontramos justificación para no concederle la autorización correspondiente. Distinto será que, existiendo la alternativa, la forma de la empresa individual sea efectivamente escogida por las Agencias de viajes. Pero tampoco esto justificaría su exclusión legal.

²⁸Ahora bien, esta exigencia del capital social mínimo podría ser desatendida, mientras no exista cobertura legal suficiente para cada una de las reglamentaciones autonómicas que la establecen, al amparo de la doctrina de la Sala 3ª del TS en Sentencia como la mencionada de 29 de abril de 1997 y la de 21 de abril de 1992 (RJ. 1992/4104).

25

FACULTADES DE DESISTIMIENTO Y DE
RESOLUCIÓN DEL ADQUIRENTE EN EL CONTRATO
DE ADQUISICIÓN DE DERECHOS DE
APROVECHAMIENTO POR TURNO DE
BIENES INMUEBLES

FACULTADES DE DESISTIMIENTO Y DE RESOLUCIÓN DEL ADQUIRENTE EN EL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES*

María Cruz Mayorga Toledano

**Profesora Ayudante de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga**

I. INTRODUCCIÓN

Tras un largo período de elaboración¹, se publicó en España la ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Con esta norma el legislador español regula por vez primera, de forma específica, esta figura propia del sector turístico.

La ley 42/98 recoge la preocupación de la Directiva 94/47 por la salvaguarda de los derechos de los consumidores, en un sector en el que la práctica ha demostrado que son especialmente vulnerables².

La Directiva 94/47, ante las situaciones de abuso que se han producido en este ámbito, ha arbitrado una serie de medidas para reforzar la posición del consumidor y aportarle mayor seguridad en la contratación. Así reconoce, entre otras facultades, el derecho del adquirente a *resolver ad nutum* el contrato suscrito en un plazo de diez días posteriores a la firma del mismo.

*Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Investigación denominado «Legislación aplicable a las empresas turísticas» (Investigador Principal: Dr. Adolfo Auriolas Martín) y se ha beneficiado de la subvención otorgada por la Universidad de Málaga. Comunicación presentada en las II Jornadas de Derecho Turístico.

¹El plazo de trasposición de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, expiró en abril de 1997 y han sido numerosos los borradores que se han elaborado en España sobre el tema.

²En concreto, la Directiva 94/47 se centra exclusivamente en regular disposiciones sobre contratos en sus aspectos relativos a: la información referente a los elementos constitutivos del contrato y las condiciones de transmisión de dicha información y, los procedimientos y formas de resolución del contrato.

Este derecho de arrepentimiento³ viene siendo reconocido, de forma habitual, en las Directivas comunitarias relativas a la protección de los consumidores en determinados contratos. En este sentido, además de la Directiva 94/47, se pueden mencionar las Directivas 85/577/CEE⁴ y 97/7/CE⁵. Estas normas comunitarias tienen como objetivo prioritario elevar la seguridad del consumidor en la contratación, incrementando su nivel de información⁶ y facilitando que, temporalmente, tenga opción de reflexionar sobre el contrato que acaba de firmar.

Este especial interés en reconocer al consumidor un plazo de reflexión, en el que pueda dejar sin efecto un consentimiento anterior válidamente prestado, se basa en la constatación de la existencia de técnicas de marketing agresivo⁷, encaminadas a presionar de forma eficaz al consumidor y obtener de éste una rápida y poco madurada respuesta para cerrar el contrato⁸.

Últimamente para Lete Achirica⁹, esta situación ha obligado al legislador a reconocer, al margen de la teoría de los vicios del consentimiento y de los vicios ocultos, un período de reflexión al contratante más débil; lo que implica una nueva concepción del principio de autonomía de la voluntad.

No obstante, no faltan voces que ponen en tela de juicio este derecho de retractación del cliente por el excesivo proteccionismo que ello supone. Alfaro Águila-Real¹⁰ mantiene que el normal funcio-

³Fernández-Albor Baltar, A.: «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil: algunos problemas derivados de la ley 26/1991». *Revista de Derecho Mercantil* nº 208, 1993, págs. 596 y ss. Entiende el autor que este derecho del consumidor se presenta como un *postrer remedio quirúrgico de autotutela, de empleo discrecional que restablece el principio de igualdad del derecho contractual privado*.

⁴Directiva 85/577/CEE de 20 de diciembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles.

⁵Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, en materia de contratación a distancia.

⁶La protección del consumidor es un objetivo que se encuentra expresamente recogido en el art. 153 del TCE, en la versión del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997. Concretamente, en el apartado 3 del citado artículo se faculta a la Comunidad para tomar medidas que refuercen las políticas de los Estados miembros en materia de defensa de los consumidores.

⁷Vid. Angelina González, F.J.: «Multipropiedad y protección de los consumidores. Apartamentos vacacionales. Contratación directa», *Boletín del Colegio de Registradores de España* nº 8, septiembre-octubre 1995, págs. 1957 y ss.

⁸Entre las razones que sostienen que la libertad de decisión del consumidor queda afectada cabe señalar que el cliente carece de posibilidad de comparar calidad y precio de la oferta, está sometido a una presión psíquica y en general, no suele estar preparado para negociar. Ver entre otros Becker, R. y García Vicente, J.R.: «La Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos». *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1996, págs. 914 y ss.; Fernández-Albor Baltar, A.: op. cit. pág. 596.

⁹Lete Achirica, J.: «La configuración de la multipropiedad en España: la ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias», *Actualidad Civil* nº 5, 1999, pág. 153.

¹⁰Alfaro Águila-Real, J.: «Protección de los consumidores y derecho de los contratos», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, págs. 306 y ss.

namiento del mercado es suficiente para evitar la vulneración de los derechos de los consumidores. Mediante la función que los precios y la competencia juegan en el mismo se aporta información a los consumidores y se constriñe la conducta de los empresarios. Por otro lado, no hay ninguna garantía de que el reconocimiento del derecho de arrepentimiento se muestre más eficiente en el desempeño de esta labor.

Para Hernández Antolín¹¹, con esta medida se rompe el principio de equilibrio de las prestaciones -debería reconocerse también al vendedor- y dificulta la labor de promoción del producto: el empresario no puede hacer previsiones de venta, se imposibilita la adquisición en la fase de promoción, los gastos derivados del desistimiento recaen sobre el empresario y la financiación será difícil de obtener sobre la base de la posible revocación del contrato, lo que, en definitiva, supondrá un incremento en los costes que repercutirá sobre el precio final del producto.

II. RÉGIMEN DE LA LEY 42/1998

1. Distinción de ambas figuras

En la ley 42/1998 se ha optado por utilizar términos que reflejen, de forma más clara que la Directiva 94/47, las diferencias entre las facultades reconocidas al adquirente para poder desligarse del contrato firmado. Efectivamente, mientras que la Directiva, en su art. 5, engloba bajo la palabra "resolución" -*ad nutum* y por incumplimiento- estos derechos a favor del adquirente, la ley 42/98 recurre a dos figuras diferentes: *desistimiento ad nutum* y *resolución por incumplimiento*.

Son dos mecanismos independientes¹² que por responder a presupuestos distintos, no deben confundirse¹³. El art. 10.1 de la ley 42/98 faculta al adquirente a desistir del contrato¹⁴ sin tener necesidad de alegar causa o motivo alguno. Se produce la extinción por la sola voluntad e iniciativa de

¹¹Hernández Antolín, J.M.: «La multipropiedad en la práctica notarial: estudio del derecho vigente, de la proyectada legislación y de la normativa comunitaria», *Actualidad Civil* nº 21, 1995 págs. 411 y ss.

¹²Es preciso señalar que el efecto protector de estos derechos sólo afectará a los contratos que reúnen las condiciones de duración previstas en el art. 1.6 de la ley española: arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporadas que tengan por objeto más de tres de ella hasta un máximo de cincuenta.

¹³Munar Bernat, P.A.: «La Directiva 94/47 sobre protección de los adquirentes de multipropiedad. Análisis de sus aspectos más relevantes», *Gaceta Jurídica de la CE*, Boletín nº 99, noviembre/diciembre 1994, pág. 22; Arroyo Fiestas, F.J.: «La protección del consumidor en el ordenamiento comunitario» en *Derecho Comunitario. Presente y Perspectivas*. Cuadernos de Derecho Judicial 1995, pág. 298.

¹⁴Art. 10.1 «El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato para desistir del mismo a su libre arbitrio...»

una parte; es por ello una declaración de voluntad unilateral¹⁵ y recepticia por la que se pone fin a la relación obligacional nacida del contrato¹⁶.

El desistimiento es diferente del derecho recogido en el art. 10.2 de la ley 42/98 por el cual el adquirente puede *resolver* el contrato en el plazo de tres meses desde la fecha del contrato si el vendedor ha incumplido las obligaciones que le imponen los arts. 8 y 9 de la citada norma.

Evidentemente, en este caso, el derecho reconocido de forma exclusiva al adquirente es el de resolución por incumplimiento, pues para ejercerlo se precisa, como presupuesto esencial, que se produzca un incumplimiento de la otra parte. Puig Brutau¹⁷ entiende que "la resolución significa que se deshace el vínculo obligacional nacido del contrato cuando se cumple una condición resolutoria, o cuando por dejar de cumplir una de las partes la obligación que le corresponde, la otra parte queda facultada para desligarse de la correlativa".

Por tanto, pese a que tanto el desistimiento y la resolución por incumplimiento implican una voluntad unilateral de romper los vínculos obligacionales, mantienen una identidad propia. Por ello, tampoco podemos entender que estamos, en ambos casos, ante un fenómeno de *desistimiento, ad nutum* y con justa causa¹⁸. Como afirma Espiau Espiau¹⁹ identificando la justa causa con el incumplimiento se justifica la resolución del contrato pero no ya en virtud de denuncia unilateral sino al amparo del art. 1124 C.c.

Klein²⁰ al analizar el ordenamiento español advierte algunos casos de desistimiento con justa causa y entiende éste como la facultad de extinguir el contrato por causa sobrevenida no fundada en el incumplimiento contractual o la imposibilidad sobrevenida.

¹⁵Galgano, F.: *El negocio jurídico*. Trad. por F. de P. Blasco Gascó y L. Prats Albentosa, Valencia 1992, pág. 151, afirma que el desistimiento, al ser un acto unilateral, no necesita la aceptación de la otra parte, basta que se ponga en su conocimiento para que surta efecto según la regla de los actos unilaterales.

¹⁶Puig Peña, F.: *Voz desistimiento unilateral*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona 1950, pág. 291, lo define como «acto jurídico por virtud del cual se produce la cesación de los efectos de una relación jurídica a causa de la decisión de una parte, en los términos y condiciones que marca la ley».

¹⁷Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona 1978, pág. 338.

¹⁸Munar Bernat: op. cit. pág. 22, considera que el desistimiento *ad nutum* y la resolución por incumplimiento se pueden enmarcar dentro del desistimiento pues con este término se abarcan todas aquellas situaciones en que se otorga la facultad de dar por finalizada la relación contractual.

¹⁹Espiau Espiau, S.: «Resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial». *Actualidad Civil*, nº 4, 1998 pág. 21.

²⁰Klein, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid 1997, pág. 47.

2. El derecho de desistimiento

A pesar de no existir ninguna definición legal de este derecho, no es una figura desconocida en nuestro ordenamiento. Sin embargo, normalmente se encontraba asociada a contratos duración indefinida y suscritos sobre la base de una relación *intuitu personae* o mutua confianza entre las partes. En el contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno el ejercicio del desistimiento no pone fin a un contrato que ha desplegado sus efectos durante un período de tiempo, sino que evita que éste llegue a producirlos²¹. Pasquau Liaño²² considera que el desistimiento tiene perfecta cabida en el ordenamiento jurídico sin necesidad de forzarlo demasiado, a pesar de que supone una excepción considerable al principio *pacta sunt servanda*, uno de los más importantes principios del derecho de la contratación.

a) Plazo de reflexión y perfección del contrato

Frente al principio general de que el contrato se perfecciona con la coincidencia de voluntades -oferta y aceptación-, se establece para ciertas modalidades de contratación, un plazo de tiempo para que el consumidor madure y en todo caso, tenga opción de dejar sin efecto su declaración de voluntad²³.

El reconocimiento de este derecho al consumidor plantea la cuestión de en qué momento debe entenderse perfeccionado el contrato. Las diversas teorías elaboradas al respecto son:

- El contrato se entiende perfeccionado desde que el adquirente emite su declaración de voluntad y, el reconocimiento del derecho de desistimiento no es más que la corroboración de la existencia de un contrato válido y eficaz²⁴.

- Otra teoría advierte que se trata de un contrato perfecto desde su firma pero que no devendrá eficaz hasta la conclusión de período de reflexión. Se produce una disociación entre perfeccionamiento y eficacia²⁵.

²¹Alpa, G. y Bessone, M.: *Il consumatore e l'Europa*, Padua 1979, pág.42. El derecho de desistimiento consiste en prevenir el efecto sorpresa de la operación económica y evitar por tanto las obligaciones vinculantes que resultan excesivamente onerosas para el adquirente.

²²Pasquau Liaño, M.: «Comentario al artículo 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y legislación complementaria*, dirigida por Piñar Mañas, J.L. y Beltrán Sánchez, E., Madrid 1997, pág.334.

²³Pasquau Liaño, op. cit. pág. 335, afirma que la atribución de este derecho viene determinada por «una desconfianza realista en el principio de autonomía de la voluntad en cierto sector de la contratación».

²⁴Entre otros Morales Moreno, A.M.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, arts. 1261-1280, Madrid 1993, pág.220 y Pasquau Liaño, op. cit. pág. 342.

²⁵Christianos, V.: «Plazos de reflexión: una evaluación teórica», *Estudios sobre Consumo* nº 25, 1992, págs. 54 y ss.

²⁶Baillod, R.: «Le droit de repentir», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, págs. 236 y ss. Estima que cuando existe un derecho de arrepentimiento, la conclusión del contrato no es instantánea sino progresiva; pues este derecho permite interrumpir el curso de esta formación.

- Desde otro punto de vista, son simplemente, contratos de formación sucesiva, es decir la perfección se produce cuando finaliza el período de reflexión²⁶. La firma supondría el compromiso de proceder a madurar la oferta en un plazo de tiempo a cuyo término, si no hay una respuesta contraria se entienden perfeccionados²⁷.

Evidentemente, el plazo de reflexión reconocido al adquirente en el art. 10.1 de la ley 42/98 restringe su libertad para emitir el consentimiento, en tanto que, en ese tiempo, sólo tendrá validez su declaración contraria a la continuación del contrato. No se le concede ni siquiera la posibilidad de renunciar de forma anticipada a los derechos reconocidos en dicha ley (art. 2²⁸). Todo ello nos indica que la aceptación de la oferta no tendrá plena validez hasta que concluya este período. Ello también se apoya en el hecho de que el legislador refuerza la temporalmente limitada eficacia del contrato, prohibiendo y penalizando la entrega de anticipos por parte del adquirente²⁹ y por la ausencia de gastos derivados del ejercicio del desistimiento para éste³⁰.

Diez Picazo habla de efectos preliminares de los contratos respecto de aquellos supuestos negociales complejos donde han aparecido algunos, aunque no todos, los elementos del supuesto negocial de hecho³¹.

b) Requisitos para su ejercicio

Para que el desistimiento sea efectivo, si bien es verdad que no se necesita alegar motivo alguno, es preciso cumplir con ciertas formalidades -plazo y notificación al transmitente- pues, se trata de un derecho de carácter temporal y recepticio³².

Según el art. 10.1 el plazo para hacer efectivo este derecho es de diez días, que empiezan a contar a partir de la firma del contrato. Sin embargo, si el transmitente no ha cumplido con las obligaciones establecidas en los arts. 8 y 9 (información previa y contenido del contrato), no nace a favor

²⁷Llobet i Aguado, J.: «El período de reflexión y la facultad de retractación», *Revista General de Derecho* nº 604-605, 1995, págs. 152 y ss.; Fernández-Albor Baltar, A.: «El derecho de revocación del consumidor...», op. cit. págs. 598 y ss.

²⁸Art. 2 ley 42/98: «Son nulas las cláusulas mediante las cuales el adquirente renuncie anticipadamente a los derechos que le atribuye la presente Ley...».

²⁹Art. 11 ley 42/98: «1. Queda prohibido el pago de cualquier anticipo por el adquirente al transmitente antes de que expire el plazo de ejercicio de la facultad de desistimiento.....2. Si el adquirente hubiera anticipado alguna cantidad al transmitente, tendrá derecho a exigir en cualquier momento la devolución de dicha cantidad duplicada....».

³⁰Art. 10.1 ley 42/98: «... Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.».

³¹Diez Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, Madrid 1993, pág. 393. Pone este autor como ejemplo el de un contrato de formación progresiva, cuando se han emitido ya las declaraciones de voluntad pero faltan algunas circunstancias que deben integrar el contrato.

³²Vid. Lete Achirica, op. cit. pág. 154.

del adquirente este derecho, sino que se le reconoce la facultad de resolver el contrato por incumplimiento, en un plazo de tres meses desde la fecha del contrato.

Sólo en caso de que el adquirente no resuelva el contrato se le reconocerá el derecho de desistimiento, que será ejercitable a partir de que el transmitente subsane el defecto- si lo hace dentro del plazo de esos tres meses- o en caso contrario, desde que expira el citado plazo para resolver.

Se desprende del texto que el desistimiento no nace automáticamente a la firma del contrato, sino que es la consecuencia de un excepcional período de reflexión concedido al adquirente para que analice toda la documentación facilitada. Por ello, surge sólo tras ser suministrada la información completa o, en todo caso, si se constata que no se le va a facilitar.

Respecto a la notificación del desistimiento, dado que es, como hemos dicho, un derecho de carácter recepticio, se exige en la ley como requisito de validez obligando al adquirente que envíe la comunicación al transmitente en el domicilio que a tales efectos figure en el contrato.

El art. 10.3 no establece más requisitos en cuanto a la forma de notificación elegida que ésta garantice la constancia de la comunicación, del envío y de la fecha del envío. No obstante si el contrato se celebró ante notario, también el desistimiento, en virtud de lo establecido en el art. 14.2, debe reflejarse mediante acta notarial.

Llama la atención, en torno al plazo para efectuar la notificación, que la ley considera suficiente que el envío de la misma se realice antes de la expiración del plazo de los diez días. Este hecho ha suscitado críticas por cuanto puede implicar que se amplíe el plazo, máxime si la comunicación se realiza el décimo día³³.

3. La facultad de resolución del contrato

Este medio de extinguir el contrato basado en el incumplimiento del transmitente, se encuentra expresamente recogido en el art. 10.2 de la ley 42/98.

Evidentemente, si bien nos referimos a la resolución por incumplimiento reconocida exclusivamente al adquirente en el art. 10.2 de la ley, no debemos olvidar que la misma recoge otros incumplimientos en el art. 13, relativo a la resolución por falta de pago de las cuotas, y en el art. 16, referente al incumplimiento de la empresa de servicios.

³³Lete Achirica, op. cit. pág. 156.

a) Causas de resolución

En los arts. 8 y 9 de la ley se imponen al transmitente unas obligaciones específicas respecto a las condiciones de promoción y transmisión, que en caso de inobservancia dará lugar a que el adquirente tenga opción de desvincularse del contrato firmado alegando el incumplimiento.

Con relación a las obligaciones relativas a la promoción de los derechos de aprovechamiento por turno, el art.8.1 reitera el mandato imperativo del art. 1.4 por el que se prohíbe para referirse a ellos utilizar los términos "multipropiedad" o cualquier otro que contenga la palabra "propiedad". Esta prohibición, como es lógico se refiere tanto a la promoción como al propio contrato³⁴.

Respecto del resto del contenido del art.8, se advierte un deseo, quizás algo desproporcionado, de que el futuro adquirente se forme una visión completa de lo que va a suscribir. Concretamente las obligaciones en cuanto a la promoción son:

-En el apartado 2 del art. 8 se fija el contenido básico del documento informativo, que el propio art. 8 le confiere la condición de oferta vinculante, que antes de ser difundido debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

- Además, en el apartado siguiente se obliga al transmitente, y esto supone a mi juicio un excesivo proteccionismo por parte del legislador, a que proporcione al cliente las direcciones de los organismos y profesionales oficiales³⁵ competentes en la materia.

- También deberá el transmitente (art.8.4) facilitar al cliente un inventario de los muebles, instalaciones y ajuar del alojamiento así como su valor global.

- Por último, en el apartado 5 se especifica que toda publicidad sobre el producto, incluyendo el documento informativo, además de recoger los datos de inscripción del régimen de aprovechamiento por turno en el Registro de la Propiedad, ha de advertir que éste debe ser consultado a efectos de conocer la situación jurídica de la finca y el íntegro contenido del régimen.

En el art. 9 se hace una relación detallada de toda la información y documentos que debe contener el contrato, entre los que se cita al documento informativo, el inventario y las condiciones gene-

³⁴En todo caso la falta de veracidad en la información suministrada, permitirá al adquirente instar la acción de nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en los arts. 1300 y ss. del C.c. (art. 10.2 ley 42/98).

³⁵El art. 8.3 cita expresamente a Oficinas de Turismo, Instituto Nacional de Consumo, organismos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de consumo y turismo, Oficinas Municipales de Consumo, Registradores de la Propiedad y Notarios.

rales no incluidas en aquél. Algunos autores entienden que el único efecto real que tendrá esta obligación de incorporar los documentos al contrato será el encarecer los gastos de formalización que debe satisfacer el cliente, sin aportarle mayor seguridad³⁶.

b) Requisitos para su ejercicio

El derecho a resolver el contrato por incumplimiento exige del adquirente, además de que la otra parte incumpla alguna de las obligaciones antes mencionadas, que lo ejercite en un plazo de tres meses desde la fecha del contrato y que la notificación de la resolución se envíe a la dirección fijada a tal efecto en el contrato, dejando constancia de la comunicación, del envío y de la fecha del mismo.

Sin embargo resulta sorprendente, con relación al plazo, que para la resolución no se aplique la misma interpretación favorable que respecto al desistimiento. Si para éste es suficiente con que el envío de la notificación se realice antes de que finalice el plazo de retractación, el legislador silencia tal circunstancia para la resolución. No resulta lógico esta postura del legislador por cuanto el art. 5 de la Directiva 94/47 no impone tal restricción, ya que reconoce el mismo régimen de notificación para ambas facultades³⁷.

4. Efectos del desistimiento y la resolución

La principal consecuencia del ejercicio de los derechos de desistimiento y resolución es la extinción de la relación obligatoria; finalmente se evita que el adquirente quede vinculado por el contrato suscrito pues hasta entonces no han surgido obligaciones para él.

Lo peculiar de estos derechos, es que de su ejercicio no se deriva ninguna obligación o gasto para el adquirente. El motivo de este régimen es evitar que estos derechos queden reducidos a un mero reconocimiento legal sin efectos reales en la práctica. De este modo, se garantiza la plena libertad del adquirente para desistir o resolver el contrato mediante una serie de medidas:

a) El art. 2 prohíbe cualquier cláusula que suponga la renuncia anticipada del adquirente a los derechos que se le reconoce la ley 42/98. Por tanto, ninguna cláusula contractual por la que renuncie a ejercer el desistimiento o la resolución tendrá validez.

³⁶Hernández Antolín, J.M.: «El denominado derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: su peculiar problemática en el marco del actual mercado mundial del *timesharing*», *Actualidad Civil* nº 33, 1998 pág. 825. Este autor al estudiar el Proyecto de Ley, critica el excesivo casuismo y reglamentarismo de esta norma.

³⁷Lete Achirica op. cit. pág. 156.

b) Por lo que se refiere a los posibles gastos o indemnizaciones derivadas del desistimiento o la resolución se libera al adquirente de toda consecuencia pecuniaria, hecho que evita que el interesado se vea coartado a la hora de resolver el contrato. La ley 42/98 adopta esta solución para ambas facultades aunque, para el caso del desistimiento, la Directiva 94/47, en su art. 5, ponía en manos del legislador nacional la posibilidad de repercutir sobre el adquirente el pago de aquellos gastos derivados de la perfección y resolución del contrato³⁸.

c) Como consecuencia lógica, la extinción del contrato principal implica la resolución automática del contrato suscrito para financiarlo³⁹, sin coste alguno para el cliente. Sin embargo, el art. 12 vincula este efecto sólo a aquellos contratos de crédito cuando son concedidos por el transmitente o por un tercero que actúe de acuerdo con él; parece por tanto dejar intactos aquellos supuestos de financiación externa, esto es sin acuerdo previo entre proveedor y prestamista.

Lo que sí parece aplicable a todos los contratos de crédito suscritos es la prohibición de incluir cláusulas que impliquen una sanción o una pena impuesta al adquirente para el caso de desistimiento o resolución.

Si bien esta medida trata de defender los intereses del adquirente, lo cierto es que en la práctica puede ocasionar un encarecimiento de los créditos concedidos para adquirir los derechos de aprovechamiento por turno, lo que lógicamente repercutirá sobre el precio final del producto a pagar por el cliente.

d) Por último, se establece en el art. 11 una prohibición dirigida a los transmitentes para que se abstengan de recibir cualquier tipo de anticipo por parte del adquirente antes de que se acabe el plazo de desistimiento o resolución. En caso de que se produjera un anticipo se establece una penalización para el transmitente, pues se faculta al adquirente para que en cualquier momento pueda exigir la devolución de dicha cantidad duplicada.

³⁸En caso de gastos que tuvieran que realizarse necesariamente durante el plazo para ejercer el desistimiento y que, por otra parte, hubieran sido recogidos en el propio contrato.

³⁹Para Pasquau Liaño op. cit. pág. 346, la resolución automática del contrato de crédito se produce porque queda privado de forma sobrevinida de causa, aunque no es motivo de nulidad pues al tiempo de la celebración del contrato no había irregularidad alguna.

III. CONCLUSIONES

1.- La Ley 42/98, intensifica la protección del adquirente dentro de las pautas marcadas por la Directiva 94/47. Sin embargo, ciertas medidas adoptadas pueden implicar un incremento de los costes del producto, sin que necesariamente supongan un aumento real de la seguridad del adquirente en la contratación.

2.- Los términos utilizados por el legislador español, desistimiento y resolución, reflejan de forma más eficaz el verdadero sentido de las facultades reconocidas al adquirente. Desistimiento *ad nutum* hace referencia a la facultad de dejar sin efecto un consentimiento previo, sin necesidad de aducir ninguna justificación. La resolución por incumplimiento implica también la ruptura de un contrato suscrito pero requiere, como presupuesto necesario, un incumplimiento de la otra parte.

3.- Según la configuración de estas facultades establecida por la ley 42/98, el desistimiento encuentra su fundamento en la necesidad de conceder al adquirente un plazo para poder analizar detenidamente la documentación preceptiva relativa al contrato. La resolución es, en cambio, un sistema para paliar una información incompleta o defectuosa.

4.- La existencia de un plazo de reflexión en el que el adquirente puede dejar sin efecto el contrato firmado, unido al hecho de que la propia ley no permite que antes de ese plazo surja ninguna obligación para éste, parece secundar la idea de que el contrato llegará a perfeccionarse sólo cuando finalice ese período de reflexión.

26

REFLEXIONES SOBRE EXIGENCIAS RELATIVAS
AL DOMICILIO Y A LAS SUCURSALES DE LAS
EMPRESAS DE SERVICIOS Y LAS SOCIEDADES DE
INTERCAMBIO EN LA LEY 42/1998, DE 15
DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHOS DE
APROVECHAMIENTO POR TURNO
DE BIENES INMUEBLES DE USO
TURÍSTICO Y NORMAS TRIBUTARIAS

REFLEXIONES SOBRE EXIGENCIAS RELATIVAS AL DOMICILIO Y A LAS SUCURSALES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS Y LAS SOCIEDADES DE INTERCAMBIO EN LA LEY 42/1998, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USO TURÍSTICO Y NORMAS TRIBUTARIAS*

Patricia Benavides Velasco

**Profesora Asociada de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga**

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de nuestro estudio son las exigencias de localización de las empresas de servicios y las sociedades de intercambio en la Ley 42/1998.

Las empresas de servicios son aquellas que se encargan de la gestión y administración de los inmuebles sobre los que recaen los derechos de aprovechamiento por turno. La Ley 42/1998 atribuye a estas empresas una función esencial, sin empresa de servicios, manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley, o si ésta funciona incorrectamente, el derecho no podrá ser ejercitado en la práctica y de poco le servirá al adquirente que el contenido jurídico del mismo esté en otros aspectos perfectamente determinado.

Bajo el término servicios debemos entender, siguiendo a Lete Achirica¹, no sólo los relativos a la infraestructura de carácter deportivo o de ocio del inmueble, sino también los que tienen que ver con el mantenimiento general de aquél, plasmados en su limpieza, suministro de agua y luz, recogida de basuras, etc.

Las sociedades de intercambio son entidades que tienen como objeto la realización de intercambios entre titulares de derechos de aprovechamiento y constituyen un aliciente para éstos al permitirles disfrutar de otros alojamientos, situados en complejos distintos a los que en principio contrataron, y que se encuentran emplazados en un gran número de países. La amplia variedad de modalidades de contratos hace que, a veces, el comprador no adquiera su derecho sobre un concreto apartamento, por ejemplo, en los casos en los que se sigue el sistema de puntos, con lo que los sistemas de intercambios se hacen aún más necesarios.

*Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Investigación denominado «Legislación aplicable a las empresas turísticas» (Investigador Principal: Dr. Adolfo Auriolas Martín) y se ha beneficiado de la subvención otorgada por la Universidad de Málaga. Comunicación presentada en las II Jornadas de Derecho Turístico.

¹LETE ACHIRICA, J.: "La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias", *Actualidad Civil*, núm. 5, febrero, 1999, pág. 157.

Ambas instituciones permiten a los consumidores titulares de estos derechos disfrutar de sus vacaciones con una serie de ventajas: el no tener que ocuparse del alojamiento, pues cuando lleguen a su destino lo encontrarán preparado, y el poder variar de alojamiento cada año. Estas ventajas hacen necesario el control sobre el funcionamiento de ambas sociedades.

Las empresas de servicios eran objeto de regulación en el Proyecto de Ley², aunque sólo se hacía referencia a aquellos elementos que se consideraron como esenciales para la viabilidad del régimen: las condiciones mínimas que debían reunir y sus obligaciones, así como las consecuencias del incumplimiento de las mismas³.

En trámite parlamentario⁴ se suprimen estas referencias por considerarse que invaden las competencias de las Comunidades Autónomas que tienen asumida la materia sobre promoción y ordenación del turismo, según lo establecido en el artículo 141.1.18 de la Constitución Española⁵. En este senti-

²Vid. Proyecto de Ley de *Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 80-1. Se hace mención a estas empresas con el nombre de "sociedades de servicio" en el apartado IV de la Exposición de Motivos y se le dedica el Capítulo III del Proyecto, concretamente los artículos 16 a 19.

³Las sociedades de servicios debían adoptar necesariamente la forma de anónima o de responsabilidad limitada, teniendo que estar su capital totalmente desembolsado y siendo sus acciones nominativas. Para poder administrar cualquier número de apartamentos su capital debía ascender a cien millones de pesetas. En cualquier caso, el objeto social sería único: atender los servicios de los inmuebles sujetos a un régimen de derechos de aprovechamiento por turno. La sociedad de servicios debía celebrar un seguro de caución por todo el tiempo de duración del contrato, en caso de incumplimiento de esta obligación perdería la posibilidad de promover la condición resolutoria por falta de pago y exigir las deudas del titular del derecho al propietario o promotor, así como el negar la entrada a aquel en el apartamento. El Anteproyecto de 1994, era aún más rígido, sólo permitía que las empresas de servicios fueran sociedades anónimas y tuvieran un capital mínimo totalmente desembolsado de un millón de pesetas por cada apartamento gestionado.

⁴Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, nº 80-10: se presentan enmiendas a los artículos 16, 17 y 18 del Proyecto de Ley de Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles por los Grupos Parlamentarios Popular, Socialista, Catalán (CIU), Izquierda Unida y Coalición Canaria. Tanto el Grupo Catalán como Coalición Canaria insisten en que si se regulan las sociedades de servicios se invaden las competencias de las Comunidades Autónomas que tengan asumidas la materia de promoción y ordenación del turismo dentro de su ámbito territorial. En el informe de la Ponencia se propone a la Comisión la supresión de los citados artículos y ésta, en su sesión nº 51, de 10 de septiembre de 1998, la aprueba. En el texto definitivo no se regularán estas sociedades. Además se modifica su denominación y pasan a llamarse "empresas de servicios". La justificación para el nuevo calificativo es que estas empresas realizan una actividad eminentemente turística evitándose así connotaciones mercantiles que pudieran reconducir su regulación a lo prevenido en los artículos 149.1.6 y 149.1.8 de la Constitución.

⁵La competencia en materia de turismo aparece recogida en el artículo 141.1.18 de la Constitución Española, que expresa que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial. La materia de turismo es, pues, competencia exclusiva de aquellas Comunidades Autónomas que la tengan atribuida en su correspondiente Estatuto de Autonomía, por lo que el Estado no es titular de ninguna competencia directa sobre el mismo. Vid. Sentencias del Tribunal Constitucional 125/84, de 20 de diciembre (BOE 11 de enero de 1985) y 165/1994, de 26 de mayo (BOE 25 de junio de 1994). Un comentario a esta sentencia lo podemos ver en FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J.: "Competencias en materia turística de las Comunidades Autónomas (Reflexiones sobre la Sentencia 125/84, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional)", *Estudios Turísticos*, nº 85, 1985, págs.37-45. Sobre las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma Andaluza: PÉREZ GUERRA, R. y CEBALLOS MARTÍN, M^e. M.: "A vueltas con el Régimen Jurídico-Administrativo de la distribución de competencias en materia de turismo y de otros títulos que indican directamente sobre el

do, las únicas Comunidades Autónomas que han regulado el *time sharing* o aprovechamiento por turno, donde se contemplan las empresas de servicios, son la Comunidad Autónoma de Canarias y la de las Islas Baleares⁶, en ambos casos dicha legislación es anterior a la Ley 42/1998.

En la actualidad las empresas de servicios no son reguladas de forma exhaustiva. Se hace mención a ellas en diversos artículos de la Ley: previa a la constitución del régimen se exige la celebración de un contrato con una empresa que asuma los servicios, salvo que el promotor o propietario los asuma; en el documento informativo es necesario que aparezcan los datos identificativos de la misma y los servicios de los que podrá disfrutar el adquirente (artículo 8.21, e) y g)); en el contrato también se tiene necesariamente que hacer referencia a estas empresas, así como a las instalaciones de uso común a las que el titular podrá tener acceso y las condiciones para éste, con indicación expresa de su importe, o las bases para su determinación, y el precio que se deberá abonar por los servicios prestados⁷ (artículo 9.11, 51). Sin embargo el legislador estatal sí se detiene en el incumplimiento de los servicios. Le dedica el artículo 16 de la Ley, haciendo responsable al propietario o promotor de la prestación efectiva de los mismos⁸. Si la empresa no cumple con el contenido de su contrato el propietario deberá resolverlo, teniéndose que hacer cargo de dichos servicios o contratarlos con otra empresa, no pudiendo los titulares de los derechos de aprovechamiento contratar directamente con la empresa de servicios. La resolución de estos contratos sólo puede ejercitarla el propietario o promotor. Los titulares de un derecho de aprovechamiento podrán reclamar de éste la prestación de los servicios y las indemnizaciones que correspondan en el caso de que tal prestación no se efectúe⁹.

mismo: el ejercicio de las competencias turísticas por la Comunidad Autónoma Andaluza", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 27, 1996. ROCA ROCA, E., CEBALLOS MARTÍN, M^o M. y PÉREZ GUERRA, R.: *La regulación jurídica del turismo en España*, ed. Servicio de publicaciones Universidad Almería, Almería, 1998, cuyo Capítulo III de la Parte Primera está dedicado a las competencias turísticas.

⁶En la Comunidad Autónoma de Canarias la Ley 7/1995, de 6 de abril, sobre *Ordenación del Turismo de Canarias* dedica su artículo 46 al alojamiento en régimen de uso a tiempo compartido, posteriormente desarrollado por el Decreto 272/1997, de 27 de noviembre, sobre *regulación de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido* en el que se establecen los requisitos de las empresas explotadoras. En la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares esta materia se contiene en el Decreto 117/1997, de 6 de septiembre, por el que se regula el *aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*. La Comunidad Autónoma de Galicia en su Ley 9/1997, de 21 de agosto, de *Ordenación y Promoción del turismo en Galicia*, define en su artículo 45 los alojamientos en régimen de aprovechamiento por turno, pero no entra a regular las empresas de servicios.

⁷Todas estas referencias que se deben contener en el contrato y en el folleto informativo sobre la empresa de servicios llevan implícitas la idea de defensa del adquirente: todo servicio que se ofrezca debe aparecer en el título constitutivo.

⁸El artículo 16 de la ley prevé que en caso de incumplimiento por la sociedad de servicios, el adquirente pueda reclamar del propietario la efectiva prestación de los servicios y las indemnizaciones que correspondieran en el caso de que dicha prestación no se efectuara. Suponemos que el legislador está pensando en la aplicación de la práctica hotelera sobre overbooking, no tendría sentido de otro modo, pues si el período vacacional de disfrute es de una semana, lo único que quedaría si no disfrutamos del inmueble es la reclamación de indemnización por daños y perjuicios.

⁹En el Proyecto de Ley se le otorgaba a cada titular del derecho la posibilidad de resolver el contrato con la empresa de servicios notificándolo previamente al propietario. Nos parece muy adecuada la supresión de esta posibilidad, pues la resolución de un contrato por un tercero que no es parte del mismo nos parece difícil, sobre todo, teniendo en cuenta que ese tercero al que va dirigida la prestación de servicios es muy numeroso. Este tercero podrá instar al propietario o promotor para que se cumplan dichos servicios pues es con quien contrató.

Igualmente, la empresa de servicios podrá instar al propietario con el objeto de que éste resuelva el contrato por falta de pago de las cuotas debidas durante, al menos, un año¹⁰.

La prestación de los servicios puede realizarla directamente el propietario, siempre que cumpla los mismos requisitos que se le exigen a las empresas de servicios. Estos requisitos serán los que se establezcan en las distintas Comunidades Autónomas para las empresas que ejerzan su actividad en el ámbito territorial de cada una de ellas¹¹.

¹⁰La única facultad que posee la empresa de servicios ante el impago de las cuotas es la posibilidad de instar al promotor a que resuelva el contrato con el adquirente. En el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley se preveía la posibilidad de que la sociedad en caso de impago por el adquirente, negara y retuviera en pago el disfrute del alojamiento. En la Ley esta posibilidad ha desaparecido. Coincidimos con HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: "El denominado derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: su peculiar problemática en el marco del actual mercado mundial de *timesharing*", *Actualidad Civil*, nº 33, septiembre, 1998, pág. 827, que se podrían haber arbitrado otros métodos para garantizar el pago a estas sociedades, crear una afección real del apartamento al pago de la cuota de mantenimiento, como hace el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, o bien, señalar como suficiente la Certificación de deuda por la sociedad para obtener el embargo preventivo (artículo 20.1 de la misma Ley). TORRÉNS SÁNCHEZ, A. M.: "Extracto sobre la multipropiedad y su anteproyecto", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 643, diciembre, 1997, pág.2126, entendía que la negativa por parte de la sociedad para el disfrute del inmueble por el adquirente que no hubiera pagado el precio del mantenimiento era una solución al problema denunciado por los empresarios del sector, pues alcanzando el 30 por 100 de los partícipes ese impago puede abocar al complejo a la quiebra. Sobre la negativa de uso al titular del derecho por impago a la sociedad de servicios, tuvo oportunidad de pronunciarse la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 4 de marzo de 1993. En la escritura de venta de cuota indivisa en régimen de multipropiedad o propiedad por turnos se incluía que la parte compradora no podría usar el apartamento en el período que le correspondiera sin estar al corriente de las cantidades que adeudara a la Entidad de mantenimiento, el Registrador denegó la inscripción, entre otros motivos, por dicha prohibición de uso. La Resolución reputa correcta la cláusula de no uso estableciendo que el "apartamento vacío y en espera de que entre en el goce del período respectivo el titular al que por turno corresponda, es poseído por la comunidad o por quien haya de prestar los servicios necesarios", un comentario a esta Resolución lo podemos ver en LETE ACHIRICA, J.: "La multipropiedad y la Resolución de 4 de marzo de 1993", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2316.

¹¹Las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias en materia turística podrán exigirles a estas sociedades los requisitos necesarios para que desarrollen su actividad dentro de su territorio. Como pusimos de manifiesto anteriormente las únicas que tienen reguladas esta materia son las Comunidades de Canarias y Baleares. La legislación canaria exige, en la Ley 7/1995, que las empresas que se establezcan y desarrollen su actividad en el ámbito del Archipiélago, se inscriban en el Registro General de Empresas, Actividades y Establecimientos Turísticos y que, previamente al ejercicio de cualquier actividad turística, obtengan de la administración competente las autorizaciones necesarias. Será necesario cuando no estén domiciliadas las empresas en Canarias que designen un representante, persona física o jurídica, residente, que asuma las responsabilidades que correspondan en nombre de la empresa. El Decreto 272/1997, sobre regulación de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido califica a las empresas que estamos analizando como empresas de explotación turística y, además de cumplir los requisitos expuestos anteriormente, se les exige que tengan un contrato ("título jurídico") de duración superior a tres años donde se harán constar las condiciones generales de los servicios que se comprometen a prestar. Así mismo, es necesario que constituyan una garantía, a disposición de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, por importe de treinta mil pesetas por cada unidad alojativa hasta un máximo de diez millones de pesetas, que ha de ser repuesta, en caso de ejecución, en el plazo de quince días, hasta cubrir nuevamente la totalidad del importe. La legislación Balear también exige que los empresarios dedicados a materias turísticas tengan "un domicilio" en la Comunidad Autónoma, o en su defecto, designen un representante legal que sea residente en ésta. La actividad requiere la obtención de autorización previa, así como la inscripción en el Registro Especial de Aprovechamiento por Turnos. La garantía asciende a la cantidad de cien millones de pesetas, pero todos estos requisitos son exigibles al promotor o propietario, que es el responsable de que se cumpla el mantenimiento del inmueble, independientemente de que lo proporcione él o un tercero.

Como hemos puesto de manifiesto la Ley regula cuáles son los derechos que tienen los adquirentes del derecho de aprovechamiento y no entra a establecer cuáles son los de la empresa de servicios, salvo la posibilidad de instar al propietario a la resolución por falta de pago, la empresa presta el servicio bajo el imperio de la Ley y no se le garantiza una prestación pacífica del mismo. Podemos plantearnos qué ocurriría si un adquirente no abandonase el inmueble finalizado su período, si realizase desperfectos en los bienes muebles, y no guardase el orden debido, todas estas cuestiones habrían de resolverse aplicando la normativa común. Es cierto que las Comunidades Autónomas que tienen regulación sobre esta materia lo han tratado, pero entendemos que en esta Ley se deberían haber incluido junto a la obligación de prestar los servicios los derechos de estas sociedades.

Las sociedades de intercambio tienen un tratamiento diferente en la Ley, pues no es obligatorio que existan, no son esenciales para el régimen de aprovechamiento por turno¹², pero si el promotor o propietario prevé que se pueda participar en un sistema de intercambio deberá incluir en el documento informativo los datos de identificación de la empresa. Igualmente deberán aparecer en el contrato que celebren el promotor o propietario y el adquirente¹³. La empresa expedirá anualmente un documento de participación en el programa de intercambio que tendrá que ir firmado por el representante legal de la misma, haciendo constar que el contrato con esta empresa es independiente o distinto del contrato que vincula al adquirente con el promotor o propietario¹⁴ la cuota de participación como socio y las cuotas de intercambio correspondientes, así como el número total de socios afiliados y una reseña general sobre el funcionamiento del sistema¹⁵.

¹²Aun no siendo el intercambio esencial para el régimen de aprovechamiento por turno, constituye un aliciente para los titulares de estos derechos y, en ocasiones, es la posibilidad de poder disfrutar de sus vacaciones en diferentes lugares el motivo principal de la adquisición del derecho.

¹³En el anexo de la Directiva 94/47/CE se prevé que pueda existir un sistema de intercambio y que esté organizado por el promotor o propietario o una tercera empresa, y, en ambos casos, es necesario que se hagan constar los posibles costes de éste, así como la designación del tercero, en su caso, en el contrato.

¹⁴El servicio de intercambio no forma parte de la prestación del promotor o propietario, la Sociedad de intercambio o el Servicio es independiente del contrato de aprovechamiento por turno, si el adquirente desea gozar de este servicio, debe formalizar un contrato con dicha sociedad. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "La multipropiedad en el Anteproyecto de Ley de los conjuntos inmobiliarios", *Revista Jurídica del Notariado*, junio, 1992, págs. 86 y 87, realiza un análisis del intercambio como prestación del promotor.

¹⁵En el Proyecto de Ley se incluía, como contenido mínimo del contrato entre el promotor y el adquirente, además de las menciones identificativas de la sociedad que se iba a dedicar al servicio de intercambio, las condiciones en las que éste se produciría, siguiendo, en todo caso, el contenido del folleto informativo y el contrato archivado en el Registro de la Propiedad. En la versión definitiva estas menciones sólo aparecen en el folleto informativo y es la sociedad de intercambio la que anualmente acredita la participación del régimen en el programa de intercambio y las condiciones de éste. Las críticas que se hicieron a la regulación que del sistema de intercambio hacia el Proyecto son extrapolables a la redacción definitiva de la Ley, así, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: *Op.cit.*, pág. 828, pone de manifiesto la insuficiente regulación del pacto de intercambio y se detiene a analizar que el Proyecto exige que se relacione dicho pacto de intercambio pero no que realmente sea operativo, en estos casos y siempre que no sea operativo tal pacto por causas ajenas al promotor, determina que el incumplimiento debe ser regulado por la normativa civil común.

El intercambio se puede realizar a través de una sociedad¹⁶ o bien por el propietario o promotor de los derechos. En la Ley parece que no se recoge esta posibilidad, aún cuando en el anexo de la Directiva Comunitaria si se prevé, pero creemos que es factible, pues en ocasiones los propietarios de varios complejos organizan sistemas de intercambio entre sus adquirentes y los complejos que poseen. Creemos que, en tal caso, tendrían que hacerlo constar en el folleto informativo y en el contrato, igual que si de un tercero se tratara.

II. EL DOMICILIO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS Y DE LAS SOCIEDADES DE INTERCAMBIO

La Ley de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles no exige que la empresa de servicios adopte la forma de persona jurídica. Esta actividad se podrá desarrollar, por tanto, por un empresario individual o por una sociedad mercantil¹⁷. Dependiendo de si se trata de empresario individual o social su domicilio puede determinarse de manera diferente. Del articulado de la Ley se infiere que el legislador desea que sean sociedades mercantiles, vid. , al indicar en el artículo 8.2.g) que en el folleto informativo deberá aparecer la empresa de servicios que se hará cargo de la administración, con expresión de su denominación y sus datos de inscripción en el Registro Mercantil.

El domicilio es el criterio objetivo que determina la sede jurídica de una persona. Entre sus funciones podemos destacar¹⁸ que sirve al ordenamiento jurídico como característica para la identificación de la persona y como criterio o punto de conexión para las relaciones jurídicas, en cuanto es requisito indispensable para el cumplimiento de las obligaciones y para el ejercicio de ciertos derechos.

La importancia que tiene el domicilio para el derecho no deriva exclusivamente de que se considere el lugar de ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones, sino que su referencia en otros preceptos permiten conocer su verdadera eficacia jurídica¹⁹. Así, el domicilio se tiene en cuenta para la adquisición de la nacionalidad española, para la atribución de la vecindad civil, para la determinación de la competencia judicial, para la sujeción a los diferentes impuestos, etc. Como

¹⁶Para consultar el funcionamiento de las sociedades de intercambio, vid. ORTEGA MARTÍNEZ, E.: "Un nuevo producto turístico: el Holiday Timeshare", *Revista de Estudios Turísticos*, núm. 104, 1989, describe como se realiza la afiliación a estas sociedades, su coste y el funcionamiento de las sociedades Resort Condominiums International e Interval International.

¹⁷El que la Ley no haya previsto la forma jurídica que debe adoptar la sociedad de servicios puede ser objeto de futuras controversias, pues en cada Comunidad Autónoma se podrán exigir unas formalidades diferentes. Hasta ahora tanto en Canarias como en Baleares no se exige que esta actividad sea explotada por persona jurídica. En el futuro otras Comunidades si lo podrán exigir y nos encontraríamos con que para realizar una actividad empresarial dentro del territorio español, dependiendo de donde se ejerza, tendríamos que cumplir requisitos diferentes.

¹⁸LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de la persona*, ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 161 y ss.

¹⁹SILLERO CROVETTO, B.: Voz: Domicilio, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 2592.

base física de la persona y como criterio de identidad de éstas, podemos en principio afirmar que se trata de un atributo necesario para la identificación de las personas que no puede faltar. El problema que se nos plantea es determinarlo, pues en principio, la elección de domicilio es libre.

Si la actividad de empresa se ejercita por empresario de nacionalidad española, ya sea persona física o jurídica²⁰ no se nos plantea ningún problema con respecto a esta Ley, este surge en el momento en que dicha actividad se realiza por personas extranjeras.

El artículo 15 del Código de Comercio dispone que los extranjeros podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las normas españolas, en todo cuanto concierna a la creación de establecimientos en territorio español, a las operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación. Cada legislación utilizará unos criterios diferentes para la constitución de una sociedad pudiendo variar la atribución del domicilio.

El artículo 4.1.c) de la Ley de Aprovechamiento por Turno prohíbe, a los efectos de constitución del régimen, que las empresas de servicios estén domiciliadas en paraísos fiscales y exige que tengan, al menos, una sucursal domiciliada en España.

En el Proyecto de Ley este requisito negativo de domiciliación no se les exigía a dichas sociedades. En el trámite de presentación de enmiendas por parte del Congreso se reforma y se introduce la necesidad de que posean una sucursal domiciliada en España, requisito que analizaremos más adelante. En el Senado se presenta una enmienda de adición²¹ prohibiendo que las empresas de servicios tengan su domicilio en paraísos fiscales, siendo aprobada por unanimidad. A partir de ese momento se recoge y pasa al texto de la Ley. La justificación para su inclusión es que garantiza a los titulares de derechos de aprovechamiento por turno que puedan presentar reclamaciones a una per-

²⁰Si la actividad se ejercita por un empresario individual español, establece el artículo 40 del Código Civil que su domicilio será el de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil, disponiendo ésta en su artículo 65 que el domicilio legal de los comerciantes será el pueblo donde tuvieren el centro de sus operaciones comerciales y si tuvieren establecimientos en diferentes partidos judiciales, podrán ser demandados por acciones personales en aquél en que tuvieren el principal establecimiento, o en el que se hubieren obligado, a elección del demandante. Si la actividad se realiza por una persona jurídica su domicilio será aquel que se establezca en la ley que las haya creado o reconocido, el que aparezca como tal en los estatutos o normas de fundación y, en defecto de ambos, el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto (artículo 41 Código Civil). En este caso podemos afirmar que si la sociedad es española deberá tener su domicilio en España, salvo que lo haya trasladado al extranjero sin perder su nacionalidad, para lo que tiene que existir convenio entre nuestro estado y el estado de recepción.

²¹Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie II, núm. 102, de 19 de octubre de 1998, el Grupo Popular presenta la enmienda núm. 28 de adición del siguiente párrafo: "Las empresas de servicios no podrán estar domiciliadas en paraísos fiscales y tendrán que tener, al menos, una sucursal domiciliada en España", la aprobación de esta enmienda se realiza por unanimidad de los miembros de la Ponencia: B.O.C.G., Serie II, núm. 102, 20 de Octubre de 1998.

sona con domicilio en España y que su ley personal no le ampare a efectos de mantener una total opacidad patrimonial y fuero extracomunitario. Nos parece excesiva esta justificación del legislador, se podría haber solucionado exigiendo que la empresa de servicios tuviera una sucursal en territorio español, requisito que también se incluye en la Ley. El exigir que las sociedades extranjeras tengan o no tengan su domicilio en un determinado lugar es una cuestión que, a nuestro juicio, excede del ámbito legislativo español.

En este punto nos tenemos que preguntar qué entiende el legislador por paraíso fiscal, ¿está haciendo referencia a la lista de paraísos fiscales que a efectos de los Impuestos sobre la Renta publicó el Ministerio de Economía y Hacienda²², o está indeterminado el concepto y habrá un control (administrativo) posterior para que las empresas demuestren que si tienen su domicilio en el extranjero ese territorio no se puede calificar como paraíso fiscal?. Estas interrogantes las planteamos porque entendemos que no todos los Estados que la lista contiene pueden tener el mismo tratamiento. A modo de ejemplo, se incluye a Luxemburgo, territorio comunitario al que no podríamos aplicar con rigor lo establecido en la Ley de aprovechamiento por turno, pues estaría en contra de la libertad de establecimiento, política comunitaria ésta protegida por el Tratado de la Unión Europea.

La prohibición de que las sociedades de servicios estén domiciliadas en paraísos fiscales puede también contravenir la normativa comunitaria, pues la legislación británica y holandesa distinguen entre sede estatutaria y sede de dirección de las sociedades, la primera les otorga la nacionalidad, si la sede de dirección se trasladara a un paraíso fiscal la sociedad mantendría la nacionalidad de origen, con lo que podríamos estar impidiendo el ejercicio de la actividad a un nacional de la Unión Europea. En este caso prevalecería la normativa sobre libertad de establecimiento comunitario frente a nuestra ley de aprovechamiento por turno²³.

El legislador español habría protegido los intereses de los consumidores con la exigencia de apertura de una sucursal en territorio español para ejercer la actividad empresarial que tratamos. Esto último también lo hace, con lo que nos parece redundante la obligación de no domiciliación en paraísos fiscales.

²²El Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio de 1991, determina los países o territorios (paraísos fiscales) a efectos de tributación en los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades.

²³Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 27 de septiembre de 1988, Asunto 81/87, comentada por VARA DE PAZ, N.: "Traslado de la sede social (sede de dirección) en el ámbito de la Comunidad Económica Europea", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 16, núm. 3, diciembre, 1989, págs. 871-882. Sentencia de 10 de julio de 1986, Asunto Segers 79/85, en la que se establece que las sociedades comunitarias tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de una agencia, sucursal o filial, sirviendo de localización su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

A las sociedades de intercambio sólo se les exige que tengan sucursal abierta e inscrita en España, sin entrar a analizar dónde tienen dichas sociedades extranjeras su domicilio. Rigiéndose en todo lo demás por lo establecido en el artículo 15 del Código de Comercio.

III. LAS SUCURSALES: OBLIGATORIEDAD DE LA APERTURA DE SUCURSALES EN TERRITORIO ESPAÑOL

La Ley 42/1998 exige que las empresas de servicios y las sociedades de intercambio tengan, al menos, una sucursal domiciliada en España, siempre que no sean españolas, si la sociedad de servicios es explotada por un empresario individual parece ser obligatoria la apertura de sucursal, sin embargo esta mención no se recoge respecto de las sociedades de intercambio, que sólo tendrán que establecerla en el caso de ser persona jurídica²⁴. Así, si los consumidores tuviesen cualquier controversia con alguna de las sociedades mencionadas podrían someterla a la competencia de los tribunales españoles²⁵.

El artículo 295 del Reglamento del Registro Mercantil entiende por sucursal "todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad". Exige dicho Reglamento que las sociedades extranjeras que establezcan una sucursal en territorio español la inscriban en el Registro Mercantil correspondiente al lugar de su domicilio, presentando legalizados los documentos que acrediten la existencia de la sociedad, sus estatutos vigentes y sus administradores, así como el documento por el que se establezca la sucursal, documentos que son exigidos por la Undécima Directiva sobre publicidad de sucursales²⁶, que tiene como objetivo proporcionar normas relativas a los requisitos de declaración respecto a las sucursales de sociedades en un Estado miembro que se rijan según la legislación de otro Estado, con el fin de procurar un nivel equivalente de protección para sus accionistas y para terceras personas. Esta Directiva es aplicable a las sucursales de sociedades localizadas en un Estado miembro diferente de aquel en que la sociedad esté radicada, sea éste comunitario o no²⁷.

La inscripción de las sucursales de sociedades extranjeras es obligatoria y su régimen es esencialmente registral. En el Registro Mercantil lo que se inscribe es la sucursal y no la sociedad, y el

²⁴El fundamento para no seguir el mismo criterio lo encontramos en la propia Ley, unas sociedades son imprescindibles para el funcionamiento del régimen (servicios), mientras que las otras (intercambio) son accesorias o complementarias.

²⁵La competencia de los Tribunales españoles es reconocida por los artículos 15 del Código de Comercio, 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 51 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 5.50 del Convenio de Bruselas determina las reglas especiales de competencia judicial internacional, estableciendo que los litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualesquiera otro establecimiento, serán competencia del Juez del lugar donde se hallen.

²⁶Diario Oficial, serie L 395, de 30 de diciembre de 1989.

²⁷Tratándose de sociedades pertenecientes a terceros países, el artículo 7 de la XI Directiva se sirve del principio de equivalencia institucional: se aplica a las sociedades que adopten una "forma jurídica comparable a las contempladas en la Directiva".

Registrador ha de limitarse a comprobar si la sociedad extranjera está efectivamente considerada como tal en su propio ordenamiento, y si se encuentra constituida válidamente conforme al mismo²⁸.

La sucursal de sociedad extranjera tiene necesariamente que depositar sus cuentas en el Registro Mercantil en el que esté inscrita. Por tanto, y a diferencia de las sucursales de sociedades españolas, tendrán que llevar una contabilidad propia referida a las operaciones que realicen y a los elementos patrimoniales que tengan afectos a la actividad en territorio español. Además de la llevanza contable han de depositar las cuentas anuales de la sociedad matriz²⁹.

Las obligaciones contables que se imponen, tanto por el Reglamento del Registro Mercantil como por la Directiva comunitaria, a las sucursales de sociedades extranjeras, conlleva a que los adquirentes de un derecho de aprovechamiento por turno en todo momento puedan conocer la solvencia de la entidad de la que reciben un servicio o con la que contratan un intercambio. Si el legislador hubiera optado por la exigencia de un establecimiento³⁰ distinto a la sucursal, dicho establecimiento no habría tenido acceso al Registro Mercantil y la protección de estos consumidores se habría visto mermada.

Estas sociedades, si son extranjeras, para poder abrir sucursal en España no necesitan cumplir ningún requisito administrativo, salvo que la dotación proyectada supere los quinientos millones de pesetas o que la constitución de la sucursal se efectúe por persona residente o domiciliada en territorios calificados como paraísos fiscales, en cuyo caso se exige verificación administrativa previa otorgada por la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores del Ministerio de Economía y Hacienda (artículo 7.21 del R.D. 671/1992)³¹. Si la sucursal va a ser establecida por un residente en la Unión Europea no es necesario ningún requisito previo.

²⁸Vid. Resolución DGRN de 29 de febrero de 1992 (RJA 1992/2882) en la que se dirime si lo que debe inscribirse es la sucursal o la sociedad extranjera, llegando a la conclusión de que lo que debe acceder al Registro es la sucursal y no la sociedad extranjera, y que éstas no han de coincidir necesariamente con los tipos societarios reconocidos por el ordenamiento español, hay que partir del concepto amplio de sociedad establecido por el artículo 58 del Tratado de Roma, en el que se incluyen las sociedades civiles, cooperativas y las demás personas de derecho público o privado, con excepción de las que no sigan un fin lucrativo. En el mismo sentido la Resolución de 11 de septiembre de 1990 (RJA 1990/7148).

²⁹Un comentario a la publicidad de las sucursales vemos en FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: "Publicidad contable de sucursales de entidades extranjeras en la XI Directiva CEE y en el Reglamento del Registro Mercantil: Comentario a las Resoluciones de la DGRN de 5 de febrero de 1992 y 23 de abril de 1993", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 53, marzo, 1994, págs. 157-194.

³⁰El Reglamento del Registro Mercantil impone la obligación de inscripción a las sucursales pero no a otro tipo de establecimientos, aún cuando éstos sean permanentes. El establecimiento permanente es un concepto que no aparece en la legislación mercantil, sino en el Derecho Tributario con el objeto de evitar que los rendimientos obtenidos por personas no residentes en un territorio eludan el pago de los tributos que gravan los mismos. El establecimiento permanente no se identifica por un rasgo jurídico, sino por sus caracteres físicos: instalación o lugar donde se realizan habitualmente operaciones en un territorio donde la entidad no reside, debe ser un establecimiento, oficina o despacho donde se realizan operaciones mercantiles. En este sentido, vid.: *El establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*, ed. Tecnos, Madrid, 1996.

³¹El Real Decreto 671/1992, de 2 de julio de 1992, sobre inversiones extranjeras en España, liberaliza plenamente las transacciones con el exterior exceptuando las relativas a inversiones extranjeras no comunitarias en los sectores con regulación especial y las procedentes de los denominados paraísos fiscales, justificándolo por la especial problemática fiscal y de control de cambios que plantean las operaciones efectuadas desde dichos territorios.

El artículo 9. 91 e) de la Ley 42/1998 indica que el tercero que se hubiere hecho cargo del intercambio debe aparecer en el contrato y, añade que “este tercero, si es una persona jurídica, deberá tener sucursal abierta e inscrita en España”. Suponemos que el legislador está refiriéndose a la posibilidad de que ese tercero sea una empresa extranjera, pues la creación de sucursales es totalmente voluntaria y las sociedades españolas, si no lo desean, para ejercer su actividad no tienen por qué crearlas.

IV. CONCLUSIONES

La Ley es protectora de los intereses de los consumidores hasta el punto de olvidar la actividad empresarial.

Regula la existencia de las empresas de servicios como parte fundamental del régimen de aprovechamiento por turno y no proporciona ningún medio específico para asegurar el cobro del mantenimiento al adquirente.

Si el propietario o promotor asume los servicios no se les exige lugar de domiciliación ni apertura de sucursal, al menos de forma expresa. Entendemos que tendrán que cumplir los mismos requisitos que se exigen para las empresas de servicios.

Introduce una exigencia excesiva al obligar a que las sociedades no tengan su domicilio en paraísos fiscales, pues al tener en nuestro territorio un establecimiento éste estaría sujeto al Impuesto sobre Sociedades. Es una ley que no apuesta por la internacionalización del turismo y la actividad mercantil, pues limita el ejercicio de actividades por parte de las multinacionales, que en esta materia suelen tener sus domicilios en paraísos fiscales. Es redundante en cuanto a la exigencia de prohibir que tengan su domicilio en un paraíso fiscal y la obligatoriedad de establecer sucursal en territorio español, pues para conseguir la sujeción tributaria y la protección de los consumidores habría bastado con la exigencia de apertura de sucursal, que como hemos visto ha de inscribirse en el Registro Mercantil y han de publicar sus cuentas junto con las cuentas anuales de la sociedad matriz a la que pertenecen, resultando así la protección de los consumidores total.

Pueden surgir controversias desde el momento en que cada Comunidad Autónoma es competente para exigir los requisitos que deben cumplir las empresas de servicios en su territorio. Hasta ahora esos no han sido planteados, pues sólo Canarias y Baleares han procedido a realizar dicha regulación.

27

MEDIDAS LEGALES PARA LA PROTECCIÓN DEL
CONSUMIDOR CONTRA EL RIESGO DE
INSOLVENCIA DEL ORGANIZADOR Y/O DETALLISTA
(A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,
DE 14 DE MAYO DE 1998)

MEDIDAS LEGALES PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CONTRA EL RIESGO DE INSOLVENCIA DEL ORGANIZADOR Y/O DETALLISTA (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, DE 14 DE MAYO DE 1998)*

Isabel Sánchez Ruiz

**Profesora Asociada de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga**

I. LA GARANTÍA DEL RIESGO DE INSOLVENCIA O QUIEBRA DEL ORGANIZADOR Y/O DETALLISTA EN LA DIRECTIVA 90/314/CEE, RELATIVA A LOS VIAJES COMBINADOS, LAS VACACIONES COMBINADAS Y LOS CIRCUITOS COMBINADOS

1. De la protección del consumidor en la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

Como resultado del creciente interés por parte de las instituciones de la Unión Europea en la protección del consumidor¹, surgen una serie de normas, a través de las cuales, se pretenden arbitrar medidas protectoras del consumidor en todos y cada uno de los sectores en los que interviene.

*Este trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Investigación denominado «Legislación aplicable a las empresas turísticas» (Investigador Principal: Dr. Adolfo Auriolas Martín) y se ha beneficiado de la subvención otorgada por la Universidad de Málaga. Comunicación presentada en las II Jornadas de Derecho Turístico.

¹En los inicios de la CEE, la política comunitaria se centraba principalmente en la consecución de un mercado interior único, siendo la protección del consumidor un objetivo secundario, al que se le prestó escasa atención. Fue a partir de los años 70 cuando los papeles se invirtieron, adquiriendo la protección del consumidor carácter prioritario en la política comunitaria. Esto se debió principalmente a la constatación de que dicha protección del consumidor era necesaria precisamente para la consecución del mercado interior único. A esa época obedecen, entre otras, las siguientes disposiciones: la Carta de Protección del consumidor del Consejo de Europa (aprobada por la Resolución 543 de la Asamblea Consultiva de 17 de mayo de 1973), el Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores (aprobado por Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975) y el Segundo Programa para una política de protección e información de los consumidores (aprobado por Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981). Ya en los años 80 es cuando comienzan a aprobarse algunas directivas, como la Directiva del Consejo 85/374/CEE de 25 de julio sobre "aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos", en las que su objetivo principal es la protección del consumidor. Véase, M^º JOSE MORILLAS JARILLO en "La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea", Actualidad Civil, 1994.

Uno de estos sectores es el turístico que con el tiempo, ha venido adquiriendo una gran trascendencia social. En sus inicios, el turismo era un sector destinado a un tipo de clientela denominada de élite, pero debido, entre otros motivos, a la aparición de los viajes organizados, se convierte en un fenómeno social que le hace ser destinatario de una regulación específica².

Fruto de ello es la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (en lo sucesivo, la Directiva), que incluye la defensa del consumidor³ como uno de sus principales objetivos.

Esta protección del consumidor-turista tiene su razón de ser en el reconocimiento de la posición de debilidad de éste a la hora de exigir el cumplimiento de lo pactado. Son varios los factores que influyen en ello; por un lado, su estado de ánimo relajado por cuanto que al hallarse disfrutando de su tiempo de ocio le hace estar menos vigilante de sus intereses, y, por otro lado, el hecho de encontrarse fuera de su lugar habitual de residencia que le hace estar, en ocasiones, en condiciones de auténtico desamparo (fuera de su país, con desconocimiento del idioma, falta de contacto con la persona con quien contrató el viaje, etc.).

A través de esta Directiva se intenta conseguir una normativa común mínima en el sector de los servicios combinados en los Estados miembros con el fin de alcanzar el mercado interior del que el sector turístico representa un aspecto esencial mediante la garantía de un mínimo común de protección del consumidor en todos y cada uno de estos Estados, beneficiándose con ello, no sólo los ciudadanos europeos sino también aquellos otros de terceros países que, debido a la garantía ofrecida por la Directiva, estén dispuestos a contratar su viaje en cualquier Estado de la UE⁴.

²En efecto, el viaje organizado ha sido considerado como uno de los factores que han influido en el crecimiento de la oferta turística (véase en este sentido, QUINTANA CARLO, I. "La protección del consumidor como turista", Estudios sobre Consumo, nº 2, 1984, pp. 65-67). Y es que, desde la aparición de estos viajes organizados, se ha conseguido que el turismo sea una actividad más asequible a otras personas, como consecuencia, en gran medida, del abaratamiento de precios que supone este tipo de viajes. Lógicamente, no es lo mismo que una persona contrate individualmente su viaje con los distintos prestatarios de servicios (alojamiento, transporte, etc.) como que una Agencia organice un viaje para un colectivo de personas que, a la hora de contratar con los distintos prestatarios, le coloca en una posición de más fuerza, obteniendo por ello mejores precios.

³La Directiva parte de un concepto amplio de consumidor ya que incluye no sólo a la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado -el contratante principal- sino también a la persona en nombre de la cual el contratante se compromete a comprar el viaje combinado -el beneficiario- y a la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado -cesionario- (artículo 2º.4). Por lo que la protección del consumidor implica la del contratante principal, la del beneficiario o la del cesionario.

⁴Así se desprende de los considerandos de la Directiva cuando señala que la adopción de un mínimo de normas comunes en el sector del turismo para estructurarlo en su dimensión comunitaria *no sólo beneficiaría a los ciudadanos de la Comunidad que adquieran viajes organizados de conformidad con estas normas, sino que atraería a turistas de países terceros deseosos de beneficiarse de unas normas garantizadas en los viajes combinados.*

La Directiva establece, en aras a la consecución de esta protección, una serie de derechos mínimos del consumidor -como son: el derecho de éste a ser informado antes y durante el viaje (artículos 3º y 4º), el derecho a que se le notifique cualquier modificación significativa del mismo (artículo 4º.5), derechos derivados de la rescisión o cancelación del viaje (artículo 4º.6), derechos originados por la imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento del contrato después de la salida del viaje (artículo 4º.7), derecho a que se le garantice la devolución de los fondos depositados y su repatriación en los casos de quiebra o de insolvencia del organizador (artículo 7º)- y el principio general de responsabilidad del organizador por la buena ejecución del contrato.

Se trata de una Directiva "de mínimos"⁵ ya que, al mismo tiempo que integra un conjunto de reglas básicas para la protección del consumidor, permite a los Estados miembros elegir entre mantener, o elevar, ese grado de protección⁶.

2. De la protección del consumidor contra el riesgo de insolvencia o de quiebra del organizador y/o detallista (Artículo 7 de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados) .

Uno de los preceptos que reflejan la función tuitiva de la Directiva es el artículo 7, que se ocupa de la protección del consumidor ante la posible quiebra o insolvencia del organizador y/o detallista⁷, al disponer que: *el organizador y/o detallista que sean parte en el contrato facilitarán pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los depósitos y la repatriación del consumidor.*

Esta insolvencia, declarada o no, afecta de forma especial al consumidor cuando tiene lugar antes del cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del organizador ya que el consumidor-turista, que normalmente contrata y paga su viaje con bastante antelación, se encuentra que, ante esta situación, las personas que se comprometieron con el organizador y/o detallista a prestar un servicio en su favor, se niegan a ello por temor a no cobrarlo.

⁵A través de este tipo de Directivas, por las que se establece un nivel básico de protección del consumidor, se ha pretendido llevar a cabo la armonización mínima de las distintas legislaciones nacionales. Pero sobre la efectividad de esta técnica de armonización existe cierta polémica. Sobre ello, véase MORILLA JARILLO en "La protección de los consumidores...", op. cit, pp. 594-593.

⁶El artículo 8 de la Directiva establece que *Los Estados miembros podrán adoptar, o mantener, disposiciones más estrictas en el ámbito regulado por la presente Directiva, a fin de proteger al consumidor.*

⁷Este carácter protector del consumidor del artículo 7 es confirmado expresamente por la sentencia del Tribunal Justicia Europeo de 8 de octubre de 1996.

En efecto, si la insolvencia o quiebra del organizador tiene lugar antes de iniciarse el viaje, éste no llegará a ser realizado, debiendo el consumidor reclamar la devolución del precio. Si la insolvencia o quiebra del organizador tiene lugar una vez iniciado el viaje, el consumidor se hallará desatendido en el lugar del viaje, teniendo que volver a pagar los servicios -en concreto, su repatriación- que ya pagó en su día. En estos casos, el problema se centra en la imposibilidad del consumidor de reclamar el cumplimiento de estas prestaciones a las personas encargadas de ello, al no existir relación contractual alguna entre éstas y el consumidor.

Con lo dispuesto en el artículo 7 se pretende conseguir la defensa del turista frente al supuesto concreto de que a éste se le deniegue la devolución del precio pagado por el viaje y su repatriación. Su objetivo, en consecuencia, es el aseguramiento de la responsabilidad del organizador y/o detallista frente al consumidor-turista que, sin esta garantía, se encontraría con un derecho de crédito a su favor con escasas posibilidades de hacer efectivo⁸.

Sin embargo, la ambigua redacción de esta disposición se constituye en un obstáculo a la plena consecución de este objetivo. De su lectura solamente se deduce que el organizador debe facilitar pruebas suficientes de que quedarán garantizados estos pagos al consumidor pero no menciona ni el tipo de garantía⁹ cuya existencia ha de probar el organizador -pudiendo tratarse de la contratación de un seguro, la constitución de una fianza, la creación de un fondo de garantía, etc.-; ni la persona a la que se deberá facilitar dichas pruebas -pudiendo ser tanto el consumidor, como la Administración a modo de control-.

En su redacción originaria, el artículo 7 señalaba cuál debía ser la garantía que el organizador y/o detallista tenía que prestar y su ámbito de aplicación, en concreto, un seguro que cubriese la parte asegurable de las obligaciones que le incumbiese en virtud de la Directiva y un fondo de garantía para el pago de las indemnizaciones que no pudiesen ser satisfechas por ningún otro medio¹⁰. Pero el texto fue modificado posteriormente en los términos transcritos con anterioridad.

⁸GÓMEZ CALLE, E. (en *El contrato de viaje combinado*, ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 305), considera, no obstante conocer las dificultades que entrañaría, que este problema con el que se enfrenta la Directiva se vería paliado en gran medida si el consumidor contara con una pretensión contractual directa contra los prestadores de los servicios comprendidos en el viaje, de modo que, éste les pudiera exigir el cumplimiento de sus prestaciones.

⁹Algunos autores, como QUINTANA CARLO, I. (en "La adaptación del derecho español a la normativa comunitaria sobre viajes combinados", *Estudios sobre Consumo*, nº 22, 1991, pág. 66), opinan que la expresión del precepto *facilitarán pruebas suficientes* se está refiriendo a cualquier tipo de garantías económicas.

¹⁰En efecto, el artículo 7 de la primera propuesta de Directiva (21 de marzo de 1988) establecía que *los Estados miembros velarán por que:*

1º. *Los organizadores cubran mediante un seguro la parte asegurable de las obligaciones que les incumben en virtud de la presente Directiva;* y

2º. *Se cree en cada uno de sus territorios un fondo de garantía para el pago de las indemnizaciones que se debieran en virtud de la presente Directiva y que no pudieran satisfacerse por ningún otro medio* (la cita está tomada de QUINTANA CARLO en "la adaptación..."op.cit. pág. 58).

Los motivos de estas modificaciones no son otros que, en primer lugar, la existencia de una regulación específica de esta materia en los ordenamientos de los Estados miembros y, en segundo lugar, la postura contraria de algunos Estados a la extensión de la garantía por entender que ésta podría afectar negativamente al coste de los viajes combinados¹¹.

Por otra parte, tampoco está claro el alcance de esta garantía, esto es, lo que debe entenderse por *reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor*, por lo que se plantea la necesidad de una mayor concreción que, de no llevarse a cabo por los distintos ordenamientos, requerirá la intervención *ad casum* del Tribunal de Justicia Europeo como ocurre en la sentencia que, a continuación, comentamos.

En cualquier caso, debido al carácter de mínimos de la Directiva, nos podemos encontrar con que la extensión de la garantía pueda ser ampliada a otros supuestos distintos a los de quiebra o insolvencia¹² del organizador.

En consecuencia, parece que en lugar de imponer un sistema uniforme de garantía en el ámbito de la Unión Europea, se ha optado por permitir que cada Estado decida sobre el tipo¹³, extensión y control de la garantía que mejor se adapte a las peculiaridades de su ordenamiento interno.

Lo mismo se puede decir respecto de la sanción para el caso de que el organizador y/o detallista incumpla esta obligación de garantizar. La Directiva no dispone nada sobre ella, cuestión ésta de suma importancia por cuanto que, dependiendo de su contenido, al organizador y/o detallista le puede merecer la pena el incumplimiento de esta obligación ya que si la sanción es mínima le permite reducir costes y, con ello, abaratar el precio del viaje.

¹¹Sobre este tema véase QUINTANA CARLO en "La adaptación ...", op.cit. pág. 59.

¹²En relación con estos supuestos de insolvencia o de quiebra del organizador, consideramos que se ha partido de la idea de que son supuestos diferentes. A nuestro entender, la diferencia existente entre uno y otro está en la declaración judicial o no de la situación de insolvencia. Lo que pretendemos con esto, no es otra cosa que, denunciar la difícil postura del consumidor a la hora de probar la insolvencia no declarada del organizador para obtener esa garantía de la que habla el artículo 7.

¹³En relación con esto, GÓMEZ CALLE, E. (en *El contrato de viaje combinado*, op.cit. pp. 309-310) apunta la elección del tipo de garantía como uno de los motivos que dificultaron seriamente en algunos países, como Alemania, la transposición de la Directiva como consecuencia de la contraposición de intereses existente en torno a ello.

II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO SOBRE EL ALCANCE DE LA GARANTÍA DEL RIESGO DE INSOLVENCIA O DE QUIEBRA DEL ORGANIZADOR Y/O DETALLISTA (SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO, DE 14 DE MAYO DE 1998)

La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, de 14 de mayo de 1998 (en lo sucesivo, TJE), resuelve la cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 177 del Tratado, por el *Bezirksgericht für Handelssachen Wien* (Austria) sobre la interpretación del artículo 7 de la Directiva.

Dicha cuestión se suscita en el marco de un litigio entre la *Verein für Konsumenteninformation y Österreichische Kreditversicherungs AG* sobre el reembolso a los compradores de un viaje combinado de los gastos de alojamiento que éstos abonaron a un hotelero debido a la insolvencia del organizador del viaje.

Los Sres. Hofbauer habían reservado en la empresa *Karthago-Reisen GmbH*, domiciliada en Viena, un viaje combinado a Creta del 9 al 16 de septiembre de 1995, que comprendía los billetes de avión y el alojamiento en régimen de media pensión. El precio del viaje había sido pagado en su totalidad antes de iniciarlo.

El 15 de septiembre de 1995, tras ser informado de la insolvencia de *Karthago-Reisen GmbH*, el propietario del Hotel en el que se alojaban los Sres. Hofbauer y algunos otros clientes de *Karthago-Reisen GmbH* exigió a dichos viajeros el pago de la totalidad de las noches de estancia disfrutadas en su establecimiento, recurriendo a la fuerza física, según afirmaron los viajeros, para impedirles que salieran.

Para poder tomar su vuelo de vuelta, los Sres. Hofbauer tuvieron que pagar, por tanto, el precio de su alojamiento en el hotel.

A su regreso, los Sres. Hofbauer y los demás viajeros afectados solicitaron a la *Verein für Konsumenteninformation*, cuyo objetivo consiste en garantizar el cumplimiento de las normas en materia de protección de los consumidores, que defendiera sus derechos frente a *Österreichische Kreditversicherung AG*, asegurador de *Karthago-Reisen GmbH*, ya que éste se había negado a reembolsarles los gastos de alojamiento pagados al hotelero.

El *Bezirksgericht für Handelssachen Wien*, a la vista del litigio planteado, decidió solicitar al Tribunal de Justicia Europeo una interpretación del artículo 7 de la Directiva para determinar si dentro de su ámbito de aplicación queda comprendida una situación en la que el comprador de un viaje combinado, que antes de emprenderlo pagó sus gastos de alojamiento al organizador, se ve obligado, debido a la insolvencia de éste último, a abonar de nuevo dichos gastos al hotelero, so pena de no poder abandonar el hotel para emprender su viaje de vuelta.

La Verein für Konsumenteninformation, el gobierno helénico y la Comisión alegan que, habida cuenta del objetivo del artículo 7 de la Directiva, que es proteger al consumidor contra el riesgo económico de insolvencia o quiebra del organizador del viaje, una situación como la descrita está comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo, pues el tenor literal del mismo no se opone a una interpretación en este sentido. También se alega que, a la vista del precepto, la cobertura solicitada puede considerarse, o bien como el "reembolso de los fondos depositados" pues el pago directo al hotelero efectuado por el viajero implica que el organizador del viaje no había abonado los gastos de alojamiento, o bien como el reembolso de los gastos necesarios para asegurar la "repatriación del viajero".

Por su parte, el Gobierno austríaco precisa que, habida cuenta de la obligación del consumidor de limitar sus perjuicios, únicamente cabe admitir el reembolso de los gastos que sean necesarios e inevitables.

En cuanto a Österreichische Kreditversicherung AG y al Gobierno francés, ambos consideran que la respuesta a la cuestión prejudicial debe ser negativa ya que de la expresión "garantizar la repatriación del consumidor" se deduce que únicamente deben reembolsarse los gastos que estén en relación de causalidad directa con la repatriación del consumidor, tales como los gastos de taxi o de avión. Además, añaden que, dado que la Directiva regula exclusivamente el contrato celebrado entre el consumidor de un viaje combinado y el organizador del mismo, no es posible interpretarla de manera que pueda disfrutar de la garantía prevista en el artículo 7 un prestador de servicios, que obtendría así indirectamente la remuneración de sus prestaciones gracias al consumidor "que tomó como rehén" y a pesar de no ser parte en el contrato principal. En su opinión, existe el riesgo de que la perspectiva de obtener un resarcimiento a través del consumidor incite a los prestadores a multiplicar este tipo de prácticas.

El TJCE recuerda, en primer lugar, que el objetivo del citado artículo es proteger a los consumidores contra los riesgos derivados de la insolvencia o de la quiebra del organizador, y que tales riesgos, inherentes al contrato celebrado entre el consumidor y el organizador, tienen su origen en el pago por adelantado del precio del viaje y en la dispersión de las responsabilidades entre el organizador y los diferentes prestadores cuyos servicios combinados constituyen el objeto del contrato. Así pues, el resultado prescrito por el artículo 7 de la Directiva implica la atribución al viajero de derechos que garanticen la devolución de los fondos que depositó y su repatriación en caso de insolvencia o de quiebra del organizador. En segundo lugar, que habida cuenta de las finalidades de la Directiva, y en especial de su artículo 7, procede interpretar esta última disposición considerando que la misma se aplica igualmente a la situación en que un hotelero obliga al viajero a pagar la prestación de alojamiento alegando que el organizador del viaje, que ha quedado insolvente, no se la abonará ya que para el consumidor que compró el viaje al organizador, el riesgo de que se trata tiene su origen en la insolvencia o quiebra del organizador, por tanto, debe estar cubierto por la garantía que el orga-

nizador ofreció al consumidor. Y, por último, que dada una situación como la planteada en el litigio el viajero ha pagado de hecho dos veces los gastos de alojamiento, primero al organizador del viaje y luego al hotelero, la obligación que debe cumplir el asegurador consiste en reembolsar los fondos depositados ya que el viajero ha estado alojado a su propia costa, siendo necesario reembolsarle las cantidades que pagó al organizador, al no prestarle este último los servicios acordados.

En consecuencia, el TJCE acuerda lo siguiente: *que el artículo 7 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio, de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, debe interpretarse en el sentido de que dentro de su ámbito de aplicación, en concepto de reembolso de los fondos depositados, está comprendida esta situación en la que el comprador de un viaje combinado, que pagó sus gastos de alojamiento al organizador antes de emprender el viaje, se ve obligado, debido a la insolvencia de este último, a abonar los mismos gastos al hotelero, so pena de no poder salir del hotel para realizar su viaje de vuelta.*

III. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CONTRA EL RIESGO DE INSOLVENCIA O DE QUIEBRA DEL ORGANIZADOR Y/O DETALLISTA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el derecho español, la transposición de la Directiva se lleva a cabo a través de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (en lo sucesivo, LVC)¹⁴.

Hasta entonces, no hay una regulación específica del contrato de viaje combinado. Solamente existe una normativa administrativa estatal que regula el ejercicio de las actividades de las agencias de viajes¹⁵, en concreto, el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, que regula el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes y la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988, sobre normas reguladoras de las agencias de viajes, que lo desarrolla; junto a las distintas reglamentaciones que las Comunidades Autónomas dictan sobre las agencias de viajes en virtud del artículo 148.18 de la Constitución que les atribuye competencia en materia de promoción y ordenación del turismo¹⁶.

¹⁴El motivo por el que la transposición de la Directiva se realiza mediante norma con rango de Ley lo encontramos en la Exposición de motivos de la LVC, al señalar que: *en ella se establecen preceptos que afectan o modulan el perfeccionamiento, eficacia y ejecución del contrato de viaje combinado, lo que implica que su regulación singularizada incide en los preceptos contractuales generales que se contienen en el Código civil y en el de Comercio. En razón de tal incidencia, la presente Ley se dicta al amparo de las competencias reconocidas al Estado por el artículo 149.1, 6.º y 8.º, de la Constitución.*

¹⁵En relación con la reglamentación española sobre agencias de viajes véase AURIOLES MARTÍN, A. en "La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de agencias de viajes", RDM, nº 206, 1992.

¹⁶Esta normativa autonómica es la siguiente: Reglamento de las Agencias de viajes de Aragón (Decreto 184/1988, de 5 de diciembre), Asturias (Decreto 31/1988, de 18 de febrero), Islas Baleares (Decreto 43/1995, de 6 de abril que deroga al Decreto 9/1988, de 11 de febrero), Canarias (Decreto 321/1987, de 18 de diciembre), Cantabria (Decreto 50/1990, de

La LVC, al igual que la Directiva, tiene como uno de sus principales objetivos la protección del consumidor, protección que no sólo está dirigida a “la persona que contrata o se compromete a contratar el viaje combinado” -el *contratante principal*- sino también, a “la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado” -el *beneficiario*- y a “la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado” -el *cesionario*-¹⁷.

El artículo 12 de la LVC se ocupa de la protección del consumidor contra el riesgo de insolvencia o quiebra del organizador y detallista, al señalar que:

“Los organizadores y detallistas de viajes combinados tendrán la obligación de constituir y mantener en permanente vigencia una fianza en los términos que determine la Administración turística competente, para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado y, especialmente, del reembolso de los fondos depositados y el resarcimiento por los gastos de repatriación en el supuesto de insolvencia o quiebra.

La fianza quedará afectada al cumplimiento de las obligaciones que deriven de:

a) Resolución firme en vía judicial de responsabilidades económicas de los organizadores y detallistas derivadas de la acción ejercitada por el consumidor o usuario final.

b) Laudo dictado por las Juntas arbitrales de consumo, previo sometimiento voluntario de las partes.

Caso de ejecutarse la fianza, deberá reponerse en el plazo de quince días, hasta cubrir nuevamente la totalidad inicial de la misma.”

En esta regulación se determina, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 7 de la Directiva, cuál es la garantía que ha de prestar el organizador y detallista, su extensión y su afectación.

En cuanto al tipo de garantía, el precepto viene a reproducir lo establecido por el artículo 15 OM, al disponer que organizador y detallista tienen la obligación de constituir y mantener en permanente vigencia una fianza¹⁸.

3 de septiembre), Castilla la Mancha (Decreto 2/1988, de 12 de enero), Castilla León (Decreto 61/1990, de 19 de abril), Cataluña (Decreto 168/1994, de 30 de mayo que deroga al Decreto 45/1988, de 13 de enero), Extremadura (Decreto 82/1987, de 28 de diciembre), Galicia (Decreto 155/1989, de 22 de junio), La Rioja (Decreto 8/1988, de 6 de mayo), Madrid (Decreto 216/1987, de 28 de diciembre), Murcia (Decreto 115/1987, de 24 de diciembre), Navarra (Decreto Foral 141/1988, de 4 de mayo) y Valencia (Decreto de 65/1990, de 26 de abril por el que se modifica el Decreto 58/1988, de 25 de abril). Aquellas Comunidades Autónomas que no tengan regulación propia de las actividades de las Agencias de viajes, como son Andalucía y País Vasco, se les aplicará la normativa estatal (Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, que regula el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes, la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988, sobre normas reguladoras de las agencias de viajes, que lo desarrolla).

¹⁷La LVC, en su artículo 2º.4, reproduce el concepto de consumidor que señala la Directiva y del que hemos hecho mención anteriormente

¹⁸En cuanto a esta expresión de “en permanente vigencia”, GÓMEZ CALERO, JUAN (en *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, ed. Dykinson, Madrid, 1997) opina que ésta no se refiere solamente a la duración de un determinado contrato de viaje combinado, sino más bien al tiempo de existencia o subsistencia de la Agencia de viajes como tal.

Se trata de una fianza impuesta por Ley -no por las partes contratantes- cuya cuantía y forma se fijará conforme a los términos que determine la Administración turística competente. Esta remisión del artículo 12 en principio podría plantear el inconveniente de que las distintas Administraciones turísticas fijen garantías diferentes. Sin embargo, esta circunstancia no se produce en la práctica ya que las distintas reglamentaciones autonómicas sobre agencias de viajes reproducen, salvo algunas excepciones¹⁹, lo establecido en la citada OM²⁰.

La fianza podrá revestir dos formas, fianza individual y fianza colectiva. La primera se constituirá mediante ingreso en la Caja General de Depósitos, aval bancario, póliza de caución o títulos de emisión pública a disposición de la Administración turística competente²¹, y su cuantía será de 10, 20 y 30 millones dependiendo del tipo de agencia (minorista, mayorista y mayorista-minorista, respectivamente)²². La fianza colectiva se constituirá mediante la inclusión voluntaria de la agencia de viajes en un fondo solidario de garantía a través de las asociaciones legalmente constituidas y su cuantía será el 50 por 100 de la suma de las fianzas que las agencias de viajes individualmente consideradas habrían de constituir de acuerdo con las cuantías anteriormente citadas y su importe global no podrá ser inferior a 400.000.000 de pesetas por asociación de carácter nacional o regional²³.

Por lo que respecta a la extensión de la fianza, la ley española es más *estricta*²⁴ que la ofrecida por el artículo 7 de la Directiva ya que la garantía -en este caso, la fianza- no sólo cubre aquellos supuestos de quiebra o de insolvencia del organizador en los que al turista se le deniegue el reem-

¹⁹Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Baleares que, al sustituir el Reglamento por el que regulaba las actividades de la agencia de viajes a través del Decreto 43/1995, modificó las cuantías que habría de cubrir la fianza, incrementándolas. Por su parte, Cataluña también sustituyó su Reglamento mediante el Decreto 168/1994 pero no alteró las cifras de las cuantías que debe cubrir la fianza. Estas dos Comunidades Autónomas fueron las primeras que adaptaron el derecho español a la Directiva.

²⁰Esta reproducción se debe a que el texto de la OM es consensuado con las Administraciones Turísticas de las Comunidades Autónomas en la Conferencia Sectorial de Turismo que se celebra el 7 de octubre de 1987 (véase, el preámbulo del la OM). Aunque debemos advertir que en la actualidad, debido a la promulgación de la LVC, algunas de ellas han sido derogadas o modificadas para su adaptación a dicha Ley, en concreto: Reglamentos de las Agencias de viajes de Cataluña (por el Decreto 210/1995, de 11 de julio); Islas Baleares (por el Decreto de 1997, de 7 de mayo), Canarias (por el Decreto 176/1997, de 14 de julio), La Rioja (por el Decreto 35/1997, de 27 de junio), Madrid (por el Decreto 99/1996, de 27 de junio) y Valencia (por el Decreto 20/1997, de 11 de febrero).

²¹Sobre las distintas formas que puede revestir la fianza individual, véase GÓMEZ CALERO, J. (en *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*, op.cit. pp. 142-143)

²²En relación con la cuantía de la fianza, debemos señalar que en la Reglamentación de las Agencias de viajes de Baleares se incrementa la cifra de la fianza en 30 millones (mayoristas), 15 millones (minoristas) y 40 millones (mayoristas-minoristas). Esto supone una discriminación de estas agencias de viajes con respecto de las del resto del país

²³Todas estas cuantías, conforme al artículo 15.2 OM, cubrirán la apertura de seis establecimientos, debiéndose incrementar la fianza por cada nuevo establecimiento en la cantidad de 2.000.000 de pesetas, si se trata de fianza individual, y de 1.000.000 de pesetas, en el caso de la colectiva.

²⁴Estricta en los términos empleados en el artículo 8 de la Directiva ("*Los Estados podrán adoptar, o mantener, disposiciones más estrictas en el ámbito regulado por la presente Directiva, a fin de proteger al consumidor*").

bolso de los fondos depositados y los gastos de su repatriación sino que se extiende también a aquellos otros en los que se produce un incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte de éste. Por lo tanto, el artículo 12 LVC prevé, como su propia rúbrica indica, una garantía de responsabilidad contractual a favor del consumidor-turista²⁵.

Ahora bien, para que esta garantía pueda ser ejercitada, el precepto dispone que dicha responsabilidad debe resultar de una sentencia judicial o de un laudo dictado por las Juntas arbitrales de consumo, previo sometimiento voluntario de las partes²⁶.

Por último, en relación con la persona o entidad ante la cual ha de probarse que quedará garantizado el reembolso de los fondos depositados y los gastos de repatriación, se entiende que es la Administración ya que es a ella a quien la Agencia de viajes deberá presentar el documento acreditativo de la constitución de la fianza para la obtención del título-licencia (artículo 5.e) OM)²⁷.

Finalmente, en cuanto a los efectos que produce el incumplimiento por parte del organizador de su obligación de garantizar²⁸, la disposición adicional primera de la LVC señala que este incumplimiento será sancionado de conformidad con la legislación vigente, sin perjuicio de las restantes responsabilidades en que los organizadores pudieran incurrir. En consecuencia, tendremos que estar a lo que disponga sobre ello la Administración autonómica turística competente. Por su parte, el RD 271/1988 (artículo 4.3) y la OM (artículo 12) contemplan la revocación del título-licencia de Agencia de viajes como sanción administrativa por la falta de reposición de la garantía en la cuantía y plazo previsto²⁹.

²⁵No obstante esto, las agencias de viajes, conforme al artículo 5.b) de la OM, de 14 de abril de 1988, deberán suscribir una póliza de seguro con el objetivo de afianzar con ello el normal desarrollo de su actividad. Este seguro cubrirá *la responsabilidad civil de la explotación del negocio, la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria y la responsabilidad por daños patrimoniales primarios*, incluyéndose también *toda clase de siniestros: daños corporales, daños materiales y los perjuicios económicos causados* (véase en el precepto la cuantía mínima que cubre dicho seguro).

²⁶Aquí debemos señalar la diferente regulación que existe sobre este tema. Por un lado, en la OM, de 14 de abril de 1988, al igual que en otras reglamentaciones autonómicas, se habla de las "Comisiones arbitrales de Agencias de viajes" y no de "Juntas Arbitrales de Consumo". Y, por otro lado, alguna reglamentación, como La Rioja (Decreto 35/1997, de 27 de junio) y Madrid (Decreto 99/1996, de 27 de junio), amplía la afectación de la garantía.

²⁷En este mismo sentido, GÓMEZ CALLE, E. en *El contrato de viaje combinado*, op.cit. p.316.

²⁸Aquí, entendemos que se trata más bien de la obligación de mantener en permanente vigencia la garantía ya que una agencia de viajes no puede ejercer su actividad sin el título-licencia correspondiente y para ello necesitará haber constituido antes esta garantía.

²⁹El artículo 11 OM dispone que *la revocación del título-licencia de Agencias de Viajes se hará mediante resolución motivada, previa tramitación del correspondiente expediente, de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo. Dicha resolución podrá ser recurrida en vía administrativa.*

IV. CONCLUSIONES

La insolvencia o quiebra del organizador produce una serie de consecuencias que afectan de forma especial al consumidor derivadas, de una parte, del pago por adelantado del precio del viaje y, de otra parte, de la dispersión de responsabilidades entre el organizador y los diferentes prestadores cuyos servicios combinados constituyen el objeto del contrato. Ante esta situación, las personas que se comprometieron con el organizador a prestar los servicios en favor del consumidor se niegan a ello por temor a no cobrarlos, de tal manera que, si la insolvencia se produce antes de iniciarse el viaje, el consumidor no llega a realizarlo y, si la insolvencia se produce una vez iniciado éste, el consumidor se encuentra, o bien con que no le prestan los servicios incluidos en el viaje, o que le hacen pagar nuevamente por unos servicios que ya abonó al contratar aquél.

El artículo 7 de la Directiva tiene como objetivo la protección del consumidor-turista en el supuesto concreto de que a éste se le deniegue el reembolso de los fondos depositados y su repatriación ya que dispone que el organizador facilitará pruebas suficientes de que, en caso de quiebra o de insolvencia, quedarán garantizados estos pagos.

Se trata de un precepto que refleja claramente el carácter "de mínimos" de la Directiva, al dejar la determinación de temas tan importantes como, el alcance, la extensión y el tipo de garantía, cuya existencia debe probar el organizador, a los Estados miembros de la UE.

Una de las cuestiones que se ha planteado en torno a este precepto es la relativa al alcance de la garantía, en concreto, qué gastos están incluidas en los conceptos de reembolso de los fondos depositados y de repatriación del consumidor. Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 14 de mayo de 1998, señalando que serán todos aquellos que tengan su origen en la insolvencia o quiebra del organizador y hubieran sido ya abonados en su día por el consumidor al organizador ya que, en estos casos, se puede decir que el consumidor ha viajado a su propia costa, teniendo derecho en consecuencia a la devolución de los fondos que depositó en su día.

Por lo que respecta al derecho español, la adaptación de este precepto no planteó problema alguno, ya que la obligación de garantizar se venía exigiendo en virtud de la normativa reguladora de las actividades propias de las agencias de viajes, limitándose el redactor del artículo 12 LVC a "añadir" lo que le exigía la Directiva. En cualquier caso, creemos que no se ha reflexionado a fondo sobre la idoneidad de la "fianza" para situaciones de insolvencia.

Colección PUBLICACIONES GENERALES. ANÁLISIS DEL TURISMO

- Nº 1 La intervención pública del Estado en el sector turístico: de la Comisión Nacional a la Empresa Nacional de Turismo.
- Nº 2 La gestión de la calidad en el municipio turístico: ponencias del IV Seminario del Foro Permanente "Turismo y Municipio".

FE DE ERRATAS

En la pág. 7: donde dice Ley de Turismo en Andalucía... debe decir: Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, número 151, de 30 de diciembre de 1999).

En la pág. 339: donde dice:

Abogado

Ernst & Young Despacho Jurídico Tributario

debe decir:

Abogado
Ernst & Young Despacho Jurídico Tributario

En la pág. 441 (Portadilla): donde dice Ley de Turismo en Andalucía... debe decir: Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, número 151, de 30 de diciembre de 1999).

En las págs. 443 a 478 (Cabeceras): donde dice Ley de Turismo en Andalucía... debe decir: Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, número 151, de 30 de diciembre de 1999).