

COMENTARIO A LA STS DE 20 DE ENERO DE 2010

Pascual Martínez Espín
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Castilla La Mancha
CESCO

1.- Introducción.

La sentencia que comentamos tiene por objeto el análisis de la responsabilidad solidaria de mayoristas y minoristas frente a los consumidores por muerte y lesiones de viajeros en accidente de autocar judicialmente imputado al conductor, sin perjuicio de las acciones de regreso que existan entre ellos.

Esta resolución constituye el punto y final de una polémica que se ha suscitado en los últimos años sobre la responsabilidad solidaria o mancomunada de las agencias de viajes que intervienen en un viaje combinado. Ello justifica su interés casacional. En efecto, esta sentencia unifica la doctrina en torno a la interpretación del art. 11 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (en adelante LVC), con la siguiente doctrina: la responsabilidad del mayorista u organizador es solidaria con el minorista o agente de viajes frente al consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que existan entre ellos (art. 1145.2 CC).

2.- La LVC.

El art. 11 LVC, regulaba la responsabilidad de los organizadores y detallistas y dispone que:

"1. 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 deban 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. 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.

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 ...".

La derogada LVC sólo consagraba el principio de solidaridad "cuando concurren conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos", lo cual significa que la solidaridad solo existía, por un lado, entre organizadores y, por otro lado, entre minoristas, pero no

entre organizadores y detallistas (SAP Valladolid 10 de febrero de 2006, AC 2006, 210).

Sin embargo, ante la indeterminación del sujeto responsable que provoca la LVC, se constata la existencia de una jurisprudencia contradictoria sobre la responsabilidad solidaria de las agencias de viajes (mayorista y minoristas) intervinientes en el contrato de viaje (SAP Girona núm. 291/2008 (Sección 1), de 23 julio, AC 2008\2019), poniendo de relieve que la doctrina mayoritaria ha optado por la regla de la solidaridad, aunque hay un número importante de resoluciones judiciales que abogan por la delimitación de las responsabilidades frente al consumidor en función del ámbito respectivo de la gestión del viaje:

Así, nos encontramos que una línea jurisprudencial mantiene que el organizador del viaje es quien asume la obligación de resultado, sin perjuicio de que haya concertado su ejecución mediante auxiliares, mientras que el detallista, salvo que especialmente se arroge otra obligación o que se justifique una identidad de personalidades, con la mayorista, tiene acotado su ámbito de gestión a la intermediación entre el organizador y consumidor, limitándose a la venta y selección del viaje solicitado por éste, concluyendo que el detallista sólo debe responder de su labor de intermediación entre la organización y el consumidor, cuando no consta haya participado en otras funciones de organización o ejecución del viaje (las SSAAPP de Badajoz 25 enero 1999, Vizcaya, Sec. 5ª, de 20 enero 1999 (AC 1999, 173) y Barcelona, Sec. 17ª, de 11 de noviembre de 1998).

Otras resoluciones dicen que la responsabilidad del detallista es siempre y en todo caso solidaria con la del organizador, sirviendo de ejemplo, la SAP de Jaén, Sec. 2ª, de 25 de abril de 2000 (JUR 2000, 192418): "... la Ley 21/95 de 6 de julio (RCL 1995, 1978) reguladora de los viajes combinados, dictada en transposición a nuestro Derecho Interno de la Directiva 90/314/CEE de 13 de junio de 1990 (LCEur 1990, 614), que abiertamente proclama, sin perjuicio de las acciones de repetición (art. 11), la responsabilidad de la Agencia frente al cliente por el incumplimiento total o parcial de los servicios programados o contratados aún cuando aquel fuera imputable al prestatario directo o último de los mismos, igual decisión es predicable no sólo de los arts. 25 y 26 de la Ley 26/84 de 19 de julio (RCL 1984, 1906), general para la defensa de los consumidores y usuarios", añadiendo que "La responsabilidad contractual de la agencia de viajes, sea como mediadora, detallista o intermediaria frente al cliente no se agota, como pretende la apelada, con la mera gestión de la reserva de alojamiento los días concertados sino que, vinculada con la suerte o resultado final de la prestación contratada, deviene responsable de todo incumplimiento total o parcial diferente o defectuoso frente al programado. La Agencia no acaba su compromiso contractual frente al cliente ofreciendo la oferta turística puesta a su alcance y haciéndose cobro anticipado del producto contratado. Los servicios que ofrece no se limitan a la reserva, sino a garantizar frente al consumidor que se cumplan los objetivos en cuya consideración aquel contrata responsabilizándose frente al cliente del correcto cumplimiento que de aquellos servicios realice el obligado último a dispensarlos" (y comparten este criterio las SSAAPP de Alicante, Sec. 6ª, de 4 de mayo de 1999 (AC 1999, 5097), de Zaragoza, Sec. 4ª, de 16 de febrero de 1999 y de 21 de diciembre de

1998, de Guadalajara de 4 de septiembre de 1998, de Barcelona, Sec. 16ª, de 5 de febrero de 1998, y de Alicante, Sec. 4ª, de 24 de julio de 1998).

3.- El TRLCU.

Aunque por razones temporales no resulte aplicable al supuesto del litigio, debe ponerse de relieve que el artículo 162 del Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, redacta de forma clara la norma contenida en el artículo 11 de la Ley 21/1995 y después de señalar que los organizadores y detallistas responderán frente al consumidor y usuario "en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión[...]" , establece que "La responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos, sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el consumidor y usuario frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado", aclarando, por tanto, la característica solidaria de la responsabilidad frente al viajero, que la atormentada redacción del artículo 11 permitía discutir.

El art. 162 TRLCU supone un cambio radical al consagrar la responsabilidad solidaria cuando hay pluralidad de responsables cuando concurren conjuntamente en el contrato sin perjuicio del "derecho de repetición de quien responda ante el consumidor y usuario frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado". Esto es, el respectivo ámbito de gestión sólo es predicable cuando hay un solo responsable, pero nunca cuando hay varios responsables frente al consumidor, donde rige la responsabilidad solidaria entre agencias de viajes, sin perjuicio de la responsabilidad que en vía interna deba asumir cada uno en función de su respectivo ámbito de gestión.

4.- Argumentos a favor de la solidaridad.

La STS que comentamos tiene el mérito de aunar en una sola resolución los argumentos que hasta entonces se encontraban dispersos en la jurisprudencia menor para justificar la responsabilidad solidaria de organizadores y detallistas:

1.- Contrato de mandato entre mayorista y minorista.

Con anterioridad a la aplicación judicial de la LVC, la cuestión de la responsabilidad se examinaba en el seno de las relaciones entre la Agencia organizadora y detallista, acudiendo a la representación directa o indirecta, según existiera actuación de la minorista en nombre de la mayorista, procediendo únicamente la reclamación del consumidor frente a la mayorista si el detallista había actuado en su nombre.

El propio Tribunal Supremo, como señala la sentencia comentada, se ha pronunciado en una única ocasión sobre la distribución de responsabilidad entre las agencias mayoristas y minoristas, declarando la solidaridad entre las mismas, si bien en aplicación de normativa anterior a la LVC, y calificando como compraventa la relación entre agencia detallista y consumidor final (STS Sec. 1ª de 23 julio 2001 [RJ 2001,

8411]), la agencia de viajes actuaría como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista.

Las agencias actúan siempre en nombre propio, no a modo de comisionistas o mandatarios del mayorista u organizador (SAP Barcelona núm. 270/2008 (Sección 16), de 15 mayo, AC 2008\1130): “En efecto, de conformidad con el artículo 2.3 de la Ley 21/1995 (RCL 1995, 1978), reguladora de los viajes combinados, merece la condición de detallista “la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador” (en términos similares, cfr. artículo 2.3 de la Directiva 90/314/CEE [LCEur 1990, 614]). Pues bien, “Viajes Marsans actuó frente a Araceli en calidad de vendedora del viaje combinado precitado (docs. 3 y 8 demanda), actuando siempre en nombre e interés propio, sin hacer la menor alusión a una supuesta intervención representativa en interés del organizador o mayorista (Club de Vacaciones). Véase que la jurisprudencia menor invocada por la recurrente Viajes Marsans (sentencia de AP Badajoz de 26 de enero de 1999 [AC 1999, 8790]) establece justamente lo contrario de lo que aquélla defiende, ya que esa resolución refrenda que el detallista es todo agente mediador que ofrece los viajes del organizador y reafirma el ámbito propio de responsabilidad contractual de aquél frente al consumidor. Además, el hecho de que la disposición adicional 2ª de la Ley 21/95 establezca que tanto el organizador como el detallista deben adoptar la forma de “Agencia de Viajes” desvanece la operatividad en la materia que nos ocupa del fenómeno representativo (arts. 1.717 y 1.725 Código civil [LEG 1889, 27]), reforzando la consideración de que cada uno de los agentes intervinientes en el campo de las vacaciones o viajes combinados actúa frente al consumidor en nombre propio”.

La SAP Bizkaia núm. 569/2007 (Sección 3), de 8 noviembre (AC 2008\90) señala: “Ciertamente esta Sala entre otras resoluciones recoge tal cual lo verifica la resolución hoy impugnada en sentencia de 25 de abril de 2001 (JUR 2001, 211098) lo siguiente: Es necesario determinar quién, además del consumidor, es parte contractual, a fin de establecer quién debe responder, en caso de incumplimiento frente a aquél, teniendo en cuenta que la LVC (RCL 1995, 1978) parte de definir el contrato como el acuerdo que vincula al consumidor con el organizador o el detallista (art. 2.8). (...) Pues bien, en el caso de las agencias de viajes la STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8411), y desde el punto de vista de la regulación de su actividad en el RD 271/1988 y en la OM que lo desarrolla, ha declarado que cuando ofertan los productos y servicios no lo hacen en dependencia de la mayorista por cuenta de quien actúan, sino en nombre propio. De aquí que deban responder como cualquier empresario que oferta al consumidor sus propios productos y servicios. Dice la Sala que «el artículo 3, párrafo segundo, de la Orden de 14 de abril de 1988, al establecer las clases de agencias de viaje y las actividades que realizan dentro del sector que regula, califica a la agencia minorista como “aquéllas que o bien comercializan el producto de las Agencias mayoristas vendiendo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan y/o venden toda clase de servicios y paquetes turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias”. De esta caracterización de la actividad que las agencias minoristas realizan en el tráfico turístico, se pone de manifiesto que éstas no actúan como comisionistas o mandatarias de las agencias mayoristas sino que venden directamente al usuario o consumidor los productos creados por las agencias

mayoristas que, de acuerdo con el citado artículo 3, párrafo primero, no pueden ofrecer sus productos al usuario o consumidor. La actividad de intermediación en esta clase de tráfico mercantil de las agencias minoristas deriva de una regulación legal que así la impone y no de un contrato de comisión entre el comitente, la agencia mayorista, y el comisionista, la agencia minorista; en conclusión, la relación existente entre la agencia minorista y el usuario es la propia derivada de un contrato de compraventa, actuando la agencia como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de los productos creados por ella o por una tercera agencia mayorista».

Con la entrada en vigor de la LVC se abandonó esta discusión pues la responsabilidad ya no dependía del modo de actuar el detallista al contratar, sino de las funciones que cada uno desempeñaba en el contrato de viaje.

2.- Responsabilidad por el uso de auxiliares.

El art. 162.1 TRLCU (al igual que el art. 11 de la derogada LVC) hace responsable tanto a organizadores como a detallistas del cumplimiento de las citadas obligaciones “con independencia de que éstas las deban 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. El argumento, pues, consiste en tratar al detallista como un auxiliar para hacerlos responsables solidariamente.

Se establece, pues, una obligación "ex lege" para los organizadores y detallistas por la ejecución deficiente del viaje combinado, cuando exista un incumplimiento o prestación incorrecta del viaje combinado, y que se derive de las obligaciones asumidas, bien se trate de actos realizados por ellos mismos y otros prestadores de servicios, sin perjuicio del derecho de repetición que pueda corresponder contra éstos (SAP de Barcelona de 14-3-2000, AC 2000, 1483). En el mismo sentido se manifiesta la SAP Asturias núm. 640/1998 (Sección 5), de 11 diciembre (AC 1998\2365), en un supuesto similar al que nos ocupa de accidente de autobús en el marco de un viaje combinado, y en el que se declara la responsabilidad solidaria de la agencia organizadora y de la prestadora de los servicios por ella contratados.

Aunque la sentencia no lo menciona expresamente, la relación jurídica concertada por el actor y las agencias de viajes, en cuyo defectuoso cumplimiento fundan los demandantes su pretensión indemnizatoria, es calificable como un contrato de obra, materializada en la realización de un viaje turístico completo y definido en sus aspectos más relevantes -fechas, medios de desplazamiento, lugar de destino, alojamiento, etc.- propiamente por la empresa mayorista, de suerte que ésta no comprometió simplemente el desarrollo de sus actividades para el logro de los viajes deseados, sino los viajes mismos, como resultado completo, a proporcionar por la empresa, con los medios propios o concertados, tal y como ofrece en su propaganda, de ahí que su responsabilidad por la satisfactoria obtención del resultado comprometido, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1596 del Código Civil, se extiende no sólo a las consecuencias de su propia actuación, sino también a las derivadas de las colaboraciones concertadas por ella con otras personas o entidades, responsabilidad que recibe los matices objetivos derivados de la legislación protectora de los consumidores, reconocida en el artículo 51 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) desarrollado en la Ley General 26/1984, de 16 de julio (RCL 1984\1906 y

ApNDL 2943), de Defensa de los Consumidores y Usuarios (SAP Alicante núm. 785/1999 (Sección 5), de 4 mayo, AC 1999\5097). En el mismo sentido se pronuncia la SAP Barcelona (Sección 13) de 30 marzo 2002 (AC 2002\995).

Otras sentencias, en cambio, niegan el carácter de arrendamiento de servicios. Sirva como ejemplo la SAP Cantabria núm. 394/2000 (Sección 2), de 21 septiembre (JUR 2001\5970), que tras analizar la relación entre agencias de viajes mayorista y minorista concluye que no cabe una completa asimilación con el arrendamiento de servicios: “Respecto del primer problema planteado, entiende la apelante-demandada que la relación entre ambas agencias de viajes resulta equiparable a la del arrendamiento de servicios y, como tal, el plazo de prescripción sería de tres años a partir de la última reclamación extrajudicial realizada por la actora, todo ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.967.1 del Código Civil. Dicho precepto establece, frente al principio general de prescripción de las acciones personales de quince años (artículo 1.964) el plazo trienal para diversos profesionales entre los que se incluye a los agentes, término interpretado por la jurisprudencia en el sentido de considerar incluidos a aquéllos que tienen por oficio gestionar negocios ajenos. Sobre esta línea interpretativa, considera equiparable la relación entre las agencias de viajes mayorista y minorista a la del arrendamiento de servicios, al que le sería aplicable este término prescriptivo y no el quinquenal que rige para el mandato, figura aludida por la actora al argumentar su pretensión. Y tal semejanza descansaría en la imposibilidad de sustitución de la agencia mayorista en la prestación encomendada por mor de lo dispuesto en el artículo 3.2 del Real Decreto 271/88, de 25 de marzo, que regula el ejercicio de las actividades propias de las agencias de viajes. Tal argumentación no se comparte por esta Sala. Si bien es cierto que el hecho de la falta de profesionalidad invocada por el juzgador de instancia como argumento para rechazar esta tesis no parece sostenible en esta alzada (el artículo 1, tanto del Real Decreto aludido como de la Orden de 14 de abril de 1.988 que lo desarrolla, otorga expresamente dicha condición a las agencias de viajes), las especialidades propias de esta figura impiden que pueda darse una completa asimilación de ambos negocios. Ciertamente es que el artículo 3, nuevamente en las dos normativas mencionadas, especifica que las agencias de viajes mayoristas no pueden ofrecer sus productos directamente al usuario o consumidor. Pero no es menos cierto que el mismo precepto alude a la comercialización de estos productos como la prestación a realizar por la agencia minorista, nota diferencial del simple arrendamiento de servicios y típica del contrato de agencia, si bien en este caso faltarían las características de continuidad y estabilidad propias de dicha relación. Por su parte, la mediación en el mercado y precisamente la ausencia de las dos notas referidas, recuerdan la simple comisión mercantil. Por todo ello, dada la especificidad del negocio jurídico fundamento de la reclamación planteada, esta Sala se inclina por el plazo de prescripción genérico del artículo 1.964 del Código Civil al considerar no se ha previsto por el legislador otro específico, resultando de difícil asimilación la escueta referencia contenida en el precepto invocado a esta compleja figura”.

3.- La solidaridad como forma de mejorar la protección al consumidor.

La solución contraria supone que el consumidor tenga que decidir a quién demanda en función de a quién sea imputable el incumplimiento lo que, en ocasiones, crea una

situación de confusión que difícilmente puede aclararse con carácter previo al proceso judicial. En casos de dificultad, sería aconsejable que el consumidor pudiera dirigir su demanda contra todos y que sea el tribunal quien establezca los términos de la imputación.

Este principio responde a la idea de que “[...]el organizador y/o detallista que son partes en el contrato deben ser responsables frente al consumidor de la buena ejecución de las obligaciones que emanan del contrato; que, asimismo, el organizador y/o detallista deben ser responsables de los perjuicios causados al consumidor por la no ejecución o por la mala ejecución del contrato salvo cuando los incumplimientos observados en la ejecución del contrato no puedan imputarse ni a ellos ni a otro prestador de servicios” (E.M. Directiva) (SAP Castellón (sección 1) 21 julio 2008, JUR 2008, 307639).

Debe tenerse en cuenta que tanto la Directiva Comunitaria 90/314 (LCEur 1990, 614) como la propia Ley para la regulación de los Viajes combinados pretenden “una mayor protección a los consumidores”, la responsabilidad del detallista no puede ser tan limitada como resultaría de esa primera interpretación, por lo que, aunque no haya sido él sino el organizador quien se encargó de la composición del viaje y combinación de los servicios, del hecho de que contrate con el consumidor para venderle un viaje o de que medie entre el usuario y el organizador, surge para aquél la obligación de responder del correcto cumplimiento del contrato, considerando que, según el art. 11.2 LVC (RCL 1995, 1978) , “Los (organizadores y), los detallistas de viajes combinados responderán, asimismo, de los daños sufridos por el consumidor como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato”. No puede ignorarse que el viajero o usuario del viaje combinado es un consumidor (cfr. art. 2.2 y Exp. de Motivos LVC), a los efectos de la Ley 26/1984, de 19 julio (RCL 1984, 1906) , General para la Defensa de los consumidores y usuarios, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 1101 CC (LEG 1889, 27) en relación con los arts. 25, 26 y 27 de dicha LGDCU (RCL 1984, 1906) , y por lo tanto no cabe duda de que la agencia de viajes que facilitó el viaje combinado debe responder, ya que la responsabilidad que les incumbe como empresas que facilitan o suministran servicios (art. 26 de la Ley 26/1984 de 19 julio de defensa de consumidores y usuarios) puede serles exigida por el cliente de modo solidario (art. 27 de la Ley 26/1984). Además no hay que perder de vista que el que contrata un viaje en una agencia tiene derecho a que respondan del fracaso organizativo de aquél todos aquéllos que se benefician del precio pagado, que son tanto el minorista que recibe el encargo, como el mayorista que oferta el programa» (SAP Barcelona (Sección 13) de 30 marzo 2002, AC 2002, 995).

4.- Responsabilidad directa y solidaria de todos los beneficiarios del precio pagado.

Si ambas agencias se benefician de los resultados económicos del contrato, ambas deben asumir los riesgos que derivan del mismo (SAP Tarragona núm. 515/1998 (Sección 3), de 23 octubre, AC 1998\2255). De hecho, lo normal era que el consumidor demandara a la organizadora, a la detallista y al subcontratista (hotelero, transportista), para evitar que se estimara la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Algunos de estos procedimientos terminaban con la condena solidaria a los tres (SAP Madrid, secc. 28, 2 abril 2008, AC 2008, 1019). Otras resoluciones, aceptando el criterio de la

solidaridad, rechazaba la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (SAP Zamora, secc. 1, 4 diciembre 2007, AC 2008, 317).

La solución no puede ser otra, puesto que el que contrata un viaje en una agencia tiene derecho a que respondan del fracaso organizativo de aquél todos aquellos que se benefician del precio pagado, que son tanto el minorista que recibe el encargo, como el mayorista que oferta el programa como aquel que finalmente proporciona el alojamiento. El cliente puede dirigirse contra todos o contra cualquiera de ellos, sin perjuicio del derecho de repetición. Este es el régimen de responsabilidad que se deriva de la normativa general del Código Civil (artículos 1101 y ss.), así como el acogido en la Directiva de 13 de junio de 1990, Directiva Comunitaria 90/314/CEE (LCEur 1990\614), relativa a viajes combinados, desarrollada por el artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados de 1995 (RCL 1995\1978), y el que se deducía de la derogada Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de julio de 1984, en cuyo artículo 27 se recoge la responsabilidad directa del vendedor (agencia minorista) de un producto o servicio frente al consumidor.

5.- La normativa de protección de los consumidores.

La normativa sobre protección de consumidores establece como regla general la solidaridad cuando sean varias las personas que deben responder frente a un consumidor por los daños causados. Así, por ejemplo, el artículo 27.2 de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) establecía que "si en la producción del daño concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados". El derogado artículo 7 de la ley 22/1994, de 6 julio (RCL 1994, 1934), de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (refundido en el artículo 132 del Texto refundido) establecía que "las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente". Y la propia Disposición Transitoria tercera del Texto Refundido, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos puestos en circulación con anterioridad al 8 de julio de 1994, dispone "3. Si a la producción de daños concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños". El vigente art. 113 del Texto Refundido, relativo a los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, dispone que "del cumplimiento de las obligaciones establecidas en este título responderán solidariamente el empresario por cuya cuenta se actúe y el mandatario, comisionista o agente que hayan actuado en nombre propio".

Por otra parte, las reglas del Draft Common Frame of Reference (DCFR, 2009), en el artículo III.-4:103 (2) dice que si los términos de la obligación no determinan el tipo, la responsabilidad de dos o más deudores que deben cumplir la misma obligación es solidaria, lo que se aplica especialmente cuando sean responsables por el mismo daño.

6.- La protección de la confianza y la apariencia.

Dado que es una práctica habitual que el consumidor contrate con el minorista y nunca con el mayorista, resulta lógico que sea aquél el que responda frente al consumidor, sin perjuicio de la acción de regreso contra el causante del daño.

La protección de la apariencia encuentra eco en algunas resoluciones judiciales.

La SAP Asturias núm. 452/2001 (Sección 5), de 25 septiembre (AC 2001\1943) sostiene: “en el supuesto de autos, si bien en el cupón o bono aportado con la demanda puede leerse «Primera Línea» también figura el sello El Corte Inglés «Agencia de Viajes», sin que se especifiquen en el clausulado del referido documento -escrito de otro lado en una letra de reducido tamaño y no fácil lectura- que la primera era la Agencia Organizadora y la segunda la detallista. Que el actor entendió que El Corte Inglés era quien organizaba el Viaje se infiere del hecho acreditado y no discutido por la contraparte que fue esa Entidad con la que el demandante se puso en contacto, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 2ª ap. b) de las condiciones que figuran en el bono, cuando observó las deficiencias de diversos servicios, siendo aquélla quien intentó y en algunos casos logró solucionarlas. Sostener como hace la apelante que las vacaciones se concertaron conforme al catálogo de «Primera Línea» y no conforme al de Viajes El Corte Inglés es una cuestión que la recurrente no prueba, constando en autos diversamente que el catálogo que aporta el actor es el del Corte Inglés, siendo la demandada la que aporta con la contestación a la demanda el del «Primera Línea». Asimismo afirmar, como hace ahora la apelante, que hubo un cambio de organizador respecto al año anterior -agosto de 1998- en que lo había sido un mayorista del Corte Inglés, siéndolo en el año 1999 «Primera Línea» porque las plazas de aquél ya estaban ocupadas y que tal hecho, con la incidencia que tenía en cuanto al abanico de prestaciones, había sido puesto en conocimiento del actor, se trata de una cuestión nueva invocada por primera vez en el escrito del recurso y sobre la que no existe la más mínima prueba. Consecuencia de todo lo expuesto es que acreditado que el viaje se ofertó sobre el catálogo del Corte Inglés relativo a Vacaciones 1999 es de aplicación lo preceptuado en el art. 3.2 de la citada Ley conforme al cual «la información contenida en el Programa-oferta será vinculante para el organizador o el detallista del viaje». De modo que probado que los servicios ofertados en el citado catálogo para los Apartamentos «Urbanización Almerines», El Ejido (Almería) no se corresponden con los efectivamente prestados, la Agencia demandada ha incurrido en la responsabilidad que se le demanda de conformidad con lo preceptuado en la cláusula 12ª de las condiciones generales que figura al folio 178 y que literalmente dispone: «La Agencia de viajes responderá de la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato con el consumidor, con independencia de que las susodichas obligaciones deban ser ejecutadas por ella u otros prestadores o proveedores, sin perjuicio del derecho de la Agencia de emprender acciones contra los mismos»”.

En el mismo sentido, la SAP Tarragona núm. 515/1998 (Sección 3), de 23 octubre (AC 1998\2255) señala: “Pues dado que de la prueba practicada se deriva no sólo que «Viajes Berga», que fue con quien los actores concertaron el contrato de viaje combinado organizado por «Image Tours, SA», fue quien les ofertó las excursiones opcionales que podían realizar -entre ellas la de Abusimbel-, haciéndoles entrega del folleto de dichas excursiones (folio 7) y que previamente había recibido vía fax de «Image Tours, SA», en el que literalmente se indica «Les recordamos que a su llegada a El Cairo y antes de retirarse a descansar deberán comunicar a su guía los planes en relación a las excursiones facultativas. Es necesaria esta premura por cuestiones de infraestructura interna del país. A tal efecto adjuntamos información de posibles

excursiones con sus precios aproximados, la cual será ampliada por su guía a su llegada», y en cuyo margen superior izquierdo y en letras mayúsculas grandes figura «Image Tours, SA» sino también que si bien dicha excursión se ejecutó por «Wisdom Tours, Travel», la misma se viabilizó a través de la guía de los actores, esto es, de la guía que las acompañaba en el viaje combinado contratado con «Viajes Berga» y organizado por «Image Tours, SA», que fue con quien en todo momento los señores Ll. y B. se entendieron, siendo con ella con la que concertaron la excursión facultativa y a la que hicieron pago de la misma, ha de afirmarse que se creó una representación aparente frente a los actores, que en modo alguno ha sido destruida y que obviamente vincula a las demandadas frente a éstos, y en virtud de la cual y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 julio, de Viajes Combinados, deben responder tanto la organizadora como la detallista ofertante de dicha excursión solidariamente frente al consumidor, con independencia de las relaciones que existan entre ellas y que haya sido ejecutada por «Wisdom Tours»; conclusión esta que refuerza el documento obrante al folio 8, que corresponde a un folleto de excursiones facultativas, entre ellas Abusimbel, en el que además de recogerse el párrafo antes transcrito, en el margen inferior y dentro de un recuadro en negro se indica «teléfonos útiles. Delegada de "Image Tours" en El Cairo: señora María Angeles A. Tel. ... Nuestro representante: "Wisdom Tours" Tel. ...», y como señala la STS 22 julio 1989 «los principios de seguridad jurídica y protección de terceros de buena fe imponen, que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones del poder de representación que no hayan podido conocer ni racionalmente prever, ya que de otra manera la seguridad jurídica quedaría frustrada».

5.- Conclusión.

La sentencia que comentamos establece la responsabilidad solidaria de organizadores y detallistas con carácter general, extralimitándose con ello respecto a lo que prevé el legislador (art. 162 LTRLCU), el cual sólo contempla la responsabilidad solidaria cuando hay pluralidad de responsables, estableciendo para el resto de casos una distinta responsabilidad entre organizador y detallista (“en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito de gestión del viaje combinado”). Es decir, el TS ha establecido un único régimen jurídico de responsabilidad frente al doble régimen que ha establecido el legislador, en claro beneficio del consumidor que no ha de indagar a quién es imputable el incumplimiento, y a la vez es coherente con la complejidad del contrato de viaje combinado que se incrementa con la participación de terceros prestadores ajenos al contrato que une al consumidor con la agencia de viajes. Esto es, el TS se atreve a una declaración en beneficio de los consumidores que el legislador no fue capaz; el malparado es el detallista.