

CANCELACIÓN DE VIAJE POR DECLARACIÓN DE ESTADO DE EMERGENCIA*

Pascual Martínez Espín

*Centro de Estudios de Consumo
Catedrático acreditado de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 23 de febrero de 2016

1. Planteamiento

La OMIC de Almagro (Ciudad Real) presenta una consulta sobre reclamación de una pareja que iba a celebrar su aniversario de boda en París. Como consecuencia de los últimos atentado de París, les informaron que no habría nada abierto para visitar y que era aconsejable no realizar el viaje desde los sectores turísticos de Francia por lo que decidieron cancelar su viaje y ahora la compañía con quien había contratado el viaje combinado no les devuelve el importe de los billetes.

2. Hechos

Los demandantes contratan un viaje de aniversario de boda a París, con salida desde Madrid, previsto para los días 5 al 8 de diciembre de 2015. Con motivos de los últimos atentados terroristas de París, las autoridades francesas les advierten la conveniencia de no realizar el viaje, dado que los establecimientos turísticos estarían cerrados y, en consecuencia los consumidores, deciden cancelar el viaje y solicitan la devolución de las cantidades abonadas.

La Agencia de Viajes se niega al reembolso derivado de la anulación de viaje por declaración de estado de emergencia.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

Las Condiciones Generales de la Póliza contemplan en su Artículo II Garantías Cubiertas, 1 Garantías de anulación, 1.1. Anulación de viaje, punto 22:

“22. Declaración de estado de emergencia en el lugar del domicilio del asegurado o en el de destino de viaje”.

El artículo III, Delimitación del contrato. Exclusiones, Apartado 8:

“Guerras declaradas o no, motines, actos de terrorismo, efecto de radioactividad, movimientos populares, huelgas, así como la inobservancia consciente de las prohibiciones oficiales”.

Y contesta la Agencia de Viajes: **“Dado que el estado de emergencia tuvo su origen en un acto de terrorismo, tenemos que desestimar su petición”.**

3. Respuesta jurídica

Los atentados de París ocurrieron la noche del 13 de noviembre de 2015. El viaje de los reclamantes estaba previsto del 5 al 8 de diciembre de 2015.

El Consejo de Ministros francés reunido el sábado 14 de noviembre aprobó el Decreto declarando el estado de emergencia en Francia, que fue efectivo de manera inmediata sobre el conjunto del territorio metropolitano y Córcega. El estado de emergencia se debe aprobar mediante un decreto del Consejo de Ministros que especifique su ámbito de aplicación. La aplicación de ese Decreto tenía una duración máxima de doce días; después de ese plazo, solo se puede prorrogar si lo aprueba el Parlamento. El Parlamento francés prolongó este martes hasta el 26 de mayo de 2016 el estado de emergencia vigente desde los atentados que dejaron 130 muertos en París el 13 de noviembre.

El estado de emergencia permite a las fuerzas del orden restringir la circulación de vehículos y personas, ordenar registros en domicilios sin necesidad de orden judicial, decretar arrestos domiciliarios a personas «cuya actividad resulte peligrosa para la seguridad y el orden público» e instaurar «medidas para asegurar el control de la prensa». También se suspendieron los espectáculos públicos y se cerraron los museos, centros escolares, bibliotecas, gimnasios y piscinas durante el día siguiente a los atentados; esto es, sólo el 14 de noviembre cerraron la Torre Eiffel, Eurodisney, y el Louvre, siendo abiertos de nuevo a partir del 15 de noviembre de 2015.

Además, existe un comunicado de la Agencia de Viajes en el que se hace constar:
“De aplicación inmediata: con motivo de la declaración de estado de emergencia en Francia, se requiere una identificación oficial con foto para entrar, salir o transitar por territorio francés. De aplicación inmediata, con motivo de la declaración de estado de emergencia en Francia, según las instrucciones publicadas en NOTAM emitido por la Dirección General de la Aviación Civil de Francia (DGAC), se restablecen los controles fronterizos, en particular en los vuelos Schengen. Esta medida se aplicará, al menos, hasta el 13 de diciembre de 2015 pudiendo ser extendida”.

Dos son pues las cuestiones que se plantean:

1) ¿Fuerza mayor o desistimiento?

Es necesario determinar si en el presente caso existe un caso de fuerza mayor o de desistimiento.

En el primer caso, no existirá obligación de indemnizar por parte del consumidor a la agencia de viajes. Según el art. 159.4: “No existirá obligación de indemnizar en los siguientes supuestos:

(...)

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”.

Si fuera un caso de fuerza mayor, el obligado a devolver sería el vendedor-detallista.

En el segundo, deberán realizarse las compensaciones que prevé el TRLGDCU. En caso de anulación, por parte del cliente en viajes a forfait, la agencia está autorizada a retener los importes correspondientes a los porcentajes señalados en las condiciones generales del programa de cada mayorista, de acuerdo con el tiempo que falte para el comienzo del Servicio”. Para determinar la cuantía de la compensación o penalización habrá que estar a la existencia de condiciones particulares (lo que no consta) en su defecto, a las penalizaciones legales en función del tiempo de comunicación del desistimiento.

Según el artículo 160. Resolución del contrato por el consumidor y usuario.

“En todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto 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 resolución 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 ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por ciento entre los días tres y diez, y el 25 por ciento dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida.*

De no presentarse a la salida, el consumidor y 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”.

- b) En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes”.*

La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) Sentencia núm. 560/2004 de 27 septiembre (JUR 2004\286680) se pronunció sobre un asunto similar al ahora consultado: Los actores contrataron un viaje combinado en fecha 30 de Agosto del año 2001 con la entidad demandada para recorrer una parte de Europa... viaje cuya salida estaba prevista el día 29 de Septiembre del 2001. El atentado terrorista a las Torres Gemelas de New York se produjo el día 11 de Septiembre del año 2001; bajo esa influencia anularon el viaje, algo que se produjo el día 19 de Septiembre del año 2001 once días antes de su inicio (29 de Septiembre del año 2001). La sentencia señala que el temor a viajar es una cuestión ajena a la agencia de viajes:

“Y en torno a la figura expresada recordar, es necesario, el artículo 9.3.b) de la Ley 21/1995, de 6 de Julio, que establece, con fines de exoneración: "b) Cuando la cancelación del Viaje, salvo en los supuestos de exceso de reservas, se deba a motivos de fuerza mayor, entendiendo por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no había podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida". La norma transcrita, acude a un criterio objetivo para configurar la fuerza mayor; el

criterio refiere un supuesto de imposibilidad, por parte del obligado, de cumplir su obligación sin culpa (se invoca el artículo 1105 del Código Civil, así como la Sentencia del T.S. de 30-9-1983); pero el acontecimiento absolutamente inevitable, que se origina fuera de la órbita de actuación del deudor, en el supuesto de litis se relaciona con lo que denomina la doctrina "Coacción ambiental" o "Temor ambiental", que refiere dentro de la teoría de las obligaciones, una "coacta voluntas", una voluntad contractual viciada bajo la influencia del temor, cosa que aquí no se da, pues lo que se alega para la cancelación del viaje, es que en el actor y en su esposa nació un temor inconcreto, derivado del atentado terrorista a las Torres Gemelas de New York, el día 11 de Septiembre del año 2001; bajo esa influencia anularon el viaje, algo que se produjo el día 19 de Septiembre del año 2001 once días antes de su inicio (29 de Septiembre del año 2001). Entonces se comprende, que el concepto de fuerza mayor no surge en el caso estudiado, pues lo que se manifestó simplemente fue ese ambiente indefinido de temores que podía haber influido en la emisión del consentimiento como vicio, lo que es, por tanto ajeno, a ese acto voluntario destinado o, mejor dicho, dirigido a la cancelación del viaje. Dicho ello, al no aparecer la fuerza mayor, y en aplicación del artículo 9.4 de la Ley 21/1995, de 6 de Julio, el usuario o consumidor al desistir de los servicios solicitados o contratados ha de indemnizar al organizador o detallistas en las cuantías (conceptos, es el término apropiado), que el artículo 9.4 a) expone".

En el caso de la consulta, pensamos que igualmente **no se trata de un supuesto de fuerza mayor**, por varios motivos:

- 1) La fuerza mayor se configura como un criterio objetivo; el criterio refiere un supuesto de imposibilidad, por parte del obligado, de cumplir su obligación sin culpa. No hay una imposibilidad objetiva de realizar el viaje que puede considerarse fuerza mayor pues el estado de emergencia no impide realizar el viaje, visitar la ciudad, acudir a espectáculos, museos, etc.
- 2) El acontecimiento absolutamente inevitable, que se origina fuera de la órbita de actuación del deudor, se relaciona con lo que denomina la doctrina "Coacción ambiental" o "Temor ambiental", que refiere dentro de la teoría de las obligaciones, una "coacta voluntas", una voluntad contractual viciada bajo la influencia del temor, cosa que aquí no se da.
- 3) El concepto de fuerza mayor no surge en el caso estudiado, pues lo que se manifestó simplemente fue ese ambiente indefinido de temores que podía haber influido en la emisión del consentimiento como vicio, lo que es, por

tanto ajeno, a ese acto voluntario destinado o, mejor dicho, dirigido a la cancelación del viaje.

No siendo un supuesto de fuerza mayor, el ejercicio del derecho de anulación por el consumidor supone la penalización prevista por la ley, salvo cobertura por el seguro de que se trate, cuestión que examinamos a continuación.

2) Cobertura del seguro

La segunda cuestión que se plantea es si, no siendo un supuesto de fuerza mayor, dicho riesgo estaría cubierto por el seguro de asistencia en viaje, seguro que incluye la cobertura de anulación de viaje.

El asegurador se hará cargo hasta el límite máximo indicado en condiciones particulares y hasta un importe máximo fijado (en el presente caso 600 €/persona) cuando el asegurado anule su viaje antes de la salida por motivos de: fallecimiento, hospitalización, accidente corporal o enfermedad grave, ... y:

“22. Declaración de estado de emergencia en el lugar del domicilio del Asegurado o en el de destino de viaje. Cuando el destino de viaje sean varios lugares distintos, la declaración de emergencia deberá ser superior al 70% de la totalidad del territorio del destino del viaje”.

Por tanto, en este caso, y, en principio, el consumidor tendría derecho a la indemnización correspondiente.

Sin embargo, en el ARTÍCULO III. DELIMITACIONES DEL CONTRATO. EXCLUSIONES, se dice:

“La garantía Gastos de anulación de viaje no iniciado no cubrirá las anulaciones de viajes que tengan su origen en:

Guerras declaradas o no, motines, actos de terrorismo, efecto de radioactividad, movimientos populares, huelgas, así como la inobservancia consciente de las prohibiciones oficiales” (la negrita es nuestra).

Entiende la Compañía que dado que se trata de un acto de terrorismo no procede indemnización alguna por cancelación.

La cuestión que debemos determinar es si se trata de una delimitación del riesgo o de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado. El título del artículo III de las condiciones, hace referencia tanto a delimitación como a exclusiones.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Julio de 2011 –que su vez recoge la doctrina sentada en la Sentencia del Alto Tribunal de 11 de Septiembre de 2006–, establece que “las cláusulas delimitadoras del riesgo son aquellas que tienen como finalidad delimitar el objeto del contrato de seguro, esto es, concretar qué riesgos son objeto del mismo: **tipo de riesgo, cuantía, plazo, ámbito temporal, la cobertura del riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada.** A diferencia de las **cláusulas limitativas de los derechos que, se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y la indemnización que cubre el contrato.**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2.006, viene a caracterizar las **cláusulas de exclusión de riesgos** como aquellas que pertenecientes al ámbito de la autonomía de la voluntad y constitutivas de la causa del contrato, concretan el objeto del contrato, fijando los riesgos que, de producirse, hacen que nazca en el asegurado el derecho a la prestación y, en la aseguradora, la recíproca obligación de atenderla, al determinar qué riesgos se cubren, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, al tiempo **que las cláusulas limitativas**, serían aquellas otras que operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

En consecuencia, los contratos de seguro contienen cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asumido por el asegurador. En este sentido son **cláusulas delimitativas** aquellas que concretan el riesgo asegurado y que, por tanto, configuran y describen cual es el objeto de seguro y las garantías que quedan cubiertas o excluidas del contrato respecto a las cuales el asegurador queda obligado al pago de la indemnización, la reparación u otras prestaciones convenidas en caso de producirse el siniestro. Las cláusulas delimitativas no restringen derechos de los asegurados, ya que al tratarse de un supuesto no cubierto por el contrato, el derecho no llega a nacer.

Las **cláusulas limitativas** de los derechos de los asegurados a que se refiere el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, que son aquellas que restringen o modifican los derechos de los asegurados a la indemnización una vez que se ha producido el siniestro. El **artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro** establece que las condiciones generales y particulares del contrato “*se redactarán de forma*

clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito".

Las cláusulas limitativas se destacarán de modo especial, lo que exige que la constancia gráfica en la póliza debe hacerse de modo que se resalten dichas cláusulas limitativas sobre la forma común de redactar la póliza, bien porque se emplea una tipografía especial que llame la atención, bien porque se recojan en apartados especiales que las destaquen sobre la expresión general de la póliza.

Otro requisito de las cláusulas limitativas es que deberán ser específicamente aceptadas por escrito por el tomador, bien en la propia póliza en que se contienen las condiciones particulares y generales, bien en otro documento. En ambos casos, el tomador no sólo ha de firmar o suscribir la póliza, sino que también deberá constar una mención expresa a dichas limitaciones, indicando que reconoce haber leído y acepta expresamente con su firma las cláusulas limitativas de sus derechos contenidas en el contrato que suscribe.

El régimen de las cláusulas limitativas viene impuesto por una norma de carácter imperativo, salvo en contratos de seguro por grandes riesgos definidos en los artículos 107 a 109 de la Ley de Contrato de Seguro, por lo que, en el caso de ser contravenidas se producen los efectos del artículo 6.3 del Código Civil, que establece la nulidad de pleno derecho para los actos contrarios a normas imperativas.

Esta nulidad no alcanza a todo el contrato de seguro, sino que se circunscribe exclusivamente a la cláusula limitativa de derechos. Esto se deriva del párrafo tercero del propio artículo 3 al dar por supuesta la posibilidad de declaración de nulidad de cláusulas concretas que no afecten a la totalidad del contrato de seguro.

Dos son las cláusulas que hemos de analizar:

Cobertura por estado de emergencia. El asegurado tendría derecho a indemnización, pues, en este caso, se produce el supuesto de hecho cubierto por el seguro, lo cual no es objeto de controversia.

Exclusión por actos de terrorismo. ¿Cómo es esta cláusula, delimitadora del riesgo y limitadora de los derechos del asegurado?

En el caso que nos ocupa, el seguro reconoce el derecho a indemnización en caso de estado de emergencia, por cualquier causa, lo que incluye los actos de terrorismo. En cambio, en virtud de la póliza si la cancelación se debe a actos de terrorismo, queda excluida la indemnización.

- a) Sería limitadora de derechos si estuviera referida al estado de emergencia. Esto es, si el consumidor tiene derecho a indemnización en caso de estado de emergencia, y tal derecho se excluye para una de las causas del estado de emergencia (actos de terrorismo), claramente estamos ante una cláusula limitadora de derechos.

En este caso, esta cláusula del contrato de seguro debía de haber sido aceptada expresamente por el asegurado, ya que se trata de una **cláusula limitativa de los derechos del asegurado** y no de una cláusula delimitadora del riesgo y por tanto, la cláusula en la que se basaba la aseguradora para no pagar está sujeta a las exigencias del principio de transparencia que protege el art.3 LCS, artículo que requiere que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados <<deberán ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito>>, formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto. Este principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas particulares.

- b) Si la cláusula de exclusión de actos de terrorismo no viniera referida al estado de emergencia, entonces no sería limitativa de derechos, pues ningún derecho tiene el asegurado a ser indemnizado en caso de acto terrorista, por tratarse de un supuesto de fuerza mayor, sino delimitadora del riesgo y, en consecuencia, aun no aceptada expresamente, sería válida; esto es, el consumidor no tendría derecho indemnizatorio alguno.

Ahora bien, si la propia agencia es la gestora del seguro de cancelación, es contrario a los propios actos sostener que no hay fuerza mayor pero que, de otro lado, la contingencia tiene una causa terrorista, pues ello comporta negar y afirmar la contingencia de fuerza mayor. Y esto sirve tanto para el caso en que se considere que se trata de cláusula limitativa y, por tanto, prescindiendo de si la cláusula ha sido o no aceptada expresamente, como si se trata de cláusula delimitadora del riesgo, en cuyo no sería precisa la aceptación expresa, pero con la misma consecuencia, en cuanto a su consideración como supuesto de fuerza mayor.

Por último, procedería igualmente la indemnización pues la cancelación se produce como consecuencia del estado de emergencia, hecho no discutido por la aseguradora y, en consecuencia, procede la devolución de las cantidades en los términos previstos en la póliza de seguro.