

Desistimiento de viaje combinado y fuerza mayor

Dr. Pascual Martínez Espín
Profesor Titular de Derecho Civil

CONSULTA

Cuestión:

Se plantea consulta con relación a la cuestión planteada por un consumidor que tenía contratado un viaje y que la noche anterior a la partida murió la hija de un hermano, surge la siguiente cuestión: ha pedido la devolución de las cantidades entregadas a la Agencia de Viajes, cantidades previstas en la Ley de Viajes Combinados, al considerar causa de fuerza mayor la muerte de su sobrina.

La Agencia le ha contestado que no se considera fuerza mayor la muerte de un sobrino, surgiendo la duda y siendo necesaria la aclaración de si esta causa se podría considerar como fuerza mayor, al entender el consumidor de manera razonable tener que acompañar a su hermano ante este hecho imprevisible.

Normativa aplicable:

- Ley 21/1995, de 6 de julio.
- CC: arts. 915 y sig. y 1005.

Respuestas:

1.- Derecho de desistimiento.

El art. 9-4a) de la Ley 21/1995 (RCL 1995, 1978) , en su primer inciso, regula el derecho del usuario a obtener el reembolso de las cantidades abonadas en caso de desistir del contrato, aunque con la contrapartida de indemnizar al detallista los gastos de gestión, anulación y una penalización del 5% del precio total del viaje concertado si el ◀desistimiento▶ se produce con más de 10 y menos de 15 días de antelación a la fecha de su comienzo, del 15% si tiene lugar entre los días 3 y 10 y del 25% si se verifica dentro de las 48 horas anteriores a la salida, **salvo que tal desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor.**

Por tanto, **si la anulación se efectúa 15 días (o más) antes de la fecha de la salida o existe causa de fuerza la Ley no prevé penalización alguna.**

Consideramos que dicha norma es imperativa, en el sentido de que no cabe pactar consecuencias diferentes a las legalmente previstas en caso de desistimiento (vgr. cláusula penal con cantidades superiores) y, en cualquier caso, que resulta sin duda de obligada aplicación al supuesto de autos.

Por tanto, se trata de analizar, si el fallecimiento de un familiar, en concreto, de una sobrina, puede o no considerarse causa de fuerza mayor, en cuyo caso, el consumidor tendría derecho a la devolución íntegra de las cantidades abonadas.

Dado que no se menciona en la consulta se presume que no existe seguro de cancelación.

2.- El concepto de fuerza mayor.

El art. 1105 CC señala que nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

Según la jurisprudencia, la aplicación del art. 1105 CC exige que el evento sea, efectivamente y de modo pleno, imprevisible dentro de la normal previsión que las circunstancias exigen en cada caso o inevitable en una posibilidad de orden práctico. (SSTS, entre otras, de 31-3, 20-7 y 21-12-1995 [RJ 1995\2795, RJ 1995\5728, análoga a RJ 1996\2415], 8-10-1996 [RJ 1996\7060] y 31-5-1997 [RJ 1997\4146]).

El artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. La fuerza mayor, esa imprevisibilidad, insuperabilidad de hecho ajeno a que se refieren los párrafos b) y c) del art. 11.2 de la ley de viajes combinados (RCL 1995, 1978), la tiene que acreditar quien la alega (SAP Barcelona, Secc. 16ª, 20 septiembre 2002 [AC 2003, 870]).

De igual modo, la agencia de viajes no tiene obligación de indemnizar cuando la cancelación del viaje o el incumplimiento de alguno de los servicios contratados, cuando los mismos sean debidos a motivos de fuerza mayor, considerando como tales las circunstancias anormales, imprevisibles e inevitables, como las catástrofes naturales (terremotos, incendios, inundaciones...), habiendo declarado igualmente la jurisprudencia que los retrasos o las averías no son supuestos de fuerza mayor al ser un hecho previsible y relativamente frecuente (Sentencia Audiencia Provincial núm. 562/2000 Vizcaya (Sección 4ª), de 16 junio, AC 2000\1560; Sentencia Audiencia Provincial núm. 27/2003 Sevilla (Sección 8ª), de 20 enero (AC 2003\1903); SJPI Santander, Cantabria (Núm. 1), de 17 octubre 2001, AC 2002\108).

Es evidente, pues, que el fallecimiento de un familiar constituye un supuesto de fuerza mayor, pues se dan las notas de imprevisibilidad e inevitabilidad exigidas. La duda radica en determinar si el grado de parentesco es suficiente para justificar dicha causa de fuerza mayor.

3.- El parentesco.

La Ley de viajes combinados no especifica nada al respecto, por lo que debemos acudir para solucionar el problema a la normativa general, primero, sobre el cómputo de grados, y, segundo, a la normativa laboral sobre permisos por circunstancias familiares.

Con relación a lo primero, a tenor del CC, la proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado (art. 915 CC). La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral. Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra. Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras,

pero que proceden de un tronco común (art. 916 CC). Se distingue la línea recta en descendente y ascendente. La primera une al cabeza de familia con los que descienden de él. La segunda liga a una persona con aquellos de quienes desciende (art. 917 CC).

En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas, descontando la del progenitor. En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo. En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, **tres del tío**, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante (art. 918 CC).

En el presente caso, **el sobrino dista tres grados del tío en línea colateral.**

El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias (art. 919 CC).

Con relación a la normativa laboral, la Ley 53/2002, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado modifica el párrafo a) del apartado 1 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, concede permiso por fallecimiento para el primer y segundo grado de consanguinidad y afinidad. Es decir, se diferencia entre familiares de primer grado (hijos/as, padres, madres, yerno, nuera y suegro/a) de los de segundo grado (nieto/a, hermano/a, abuelo/a y cuñado/a).

El artículo 37.3 b) del Estatuto de los Trabajadores (RDL 1/1995, de 24 de marzo) establece que el trabajador o trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, dos días por nacimiento de hijo o hija o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes **hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad**. Cuando con tal motivo el trabajador o trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.

En los dos supuestos legales analizados se observa que los permisos por fallecimiento son hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, sin que en ningún caso exista derecho más allá, esto es, para el tercer grado y sucesivos.

La jurisprudencia española se ha pronunciado sobre cuestiones similares en varias ocasiones:

La SAP Santa Cruz de Tenerife n. 398/2005, (secc. 1ª) de 31 de octubre (JUR 2005\272040) confirmó la SJPI que estimó la demanda de cancelación de viaje por existencia de fuerza mayor y la reclamación de la íntegra cantidad abonada por imposibilidad de efectuar el viaje, si bien no se cuestionaba la causa de fuerza mayor impositiva del viaje contratado, sino únicamente la penalización por anulación del 100 por 100, que el tribunal consideró abusiva.

Existen algunas sentencias interesantes sobre enfermedades:

La Sentencia Audiencia Provincial núm. 301/2005 Vizcaya (Sección 4ª), de 15 abril (AC 2005\1506) desestimó la solicitud de reintegro de los gastos por fuerza mayor derivada de extrema gravedad de familiar en primer grado, alegación de supuesto previsto en acuerdo sobre cancelación de viajes combinados de 17-10-2001, por dos motivos: primero, por que dicho acuerdo no tiene fuerza legal ni se prueba su existencia

ni su aceptación por la otra parte contratante; segundo, porque la afección de garganta no cabe considerarla como tal supuesto de fuerza mayor.

La SAP Málaga nú. 613/2005 (secc. 6ª) de 25 de julio (JUR 2005\229140) confirmó la sentencia del JPI por la que se condenaba a la agencia de viajes a la devolución de las cantidades abonadas a causa de desistimiento del contrato ante enfermedad de familiar (la suegra del actor). La sentencia considera dicha supuesto como **fuerza mayor**: “Respecto a si es o no es un evento de fuerza mayor la enfermedad grave y súbita de un familiar, la Sala no puede sino compartir el acertado criterio de la sentencia apelada, pues en una mujer no anciana como sin duda lo es hoy en día una persona de 67 años, no es previsible el infarto cerebral, sobre todo si no padecía patología previa, dice la hija que "estaba perfecta", y aun si hubiera sido prevista difícilmente hubiera sido evitable por parte de los perjudicados por la suspensión de su viaje, y parece evidente que constituye una irresponsabilidad irse en esas condiciones a un viaje a Canarias, viaje que en cualquier caso y en esas circunstancias no hubiera sido disfrutado en su objetivo de descanso y relajación con el que fue concebido como viaje de vacaciones”.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP Guadalajara n. 10/2004, secc. 1ª, de 23 de diciembre (JUR 2005\92923), al entender que el desistimiento por parte de los mismos estuvo justificado por razones de fuerza mayor por enfermedad de la consumidora, que le impidió el desplazamiento, con la consiguiente obligación a la restitución de la suma abonada por los clientes.

En conclusión, y por aplicación analógica de la normativa transcrita, y en atención a la jurisprudencia existente, el fallecimiento de una sobrina no puede considerarse como un supuesto de fuerza mayor, por lo que si el consumidor decide, ante dicho suceso, desistir del contrato deberá indemnizar a la agencia de viajes con las cantidades mencionadas en el art. 9.4 de la Ley de viajes combinados, cantidades que se fijan en función del tiempo de antelación en el que ejercita su derecho.

Dr. Pascual Martínez Espín
Profesor Titular de Derecho Civil
Miembro del CESCO
Universidad de Castilla La Mancha.