

AGENCIAS DE VIAJES: barotrauma causado por descenso brusco del avión: responsabilidad solidaria de la agencia de viajes y la aerolínea. Legitimación pasiva de la agencia de viajes minorista: labor de mediación entre organizador y viajero: sus obligaciones son básicamente las derivadas de tal labor mediadora: la agencia que facilita el viaje combinado debe responder solidariamente frente al cliente con la que organiza y programa.

SAP Albacete núm. 70/2009 (Sección 2), de 17 abril

NOTA:

A) Basan su discrepancia, en esencia, alegando por parte de VIAJES HALCÓN: 1º Error en la interpretación de la norma para fundamentar existencia de capacidad pasiva de la entidad aérea aun estando fuera del viaje combinado, habiendo tenido lugar el accidente fuera del ámbito del Viaje Combinado, siendo la legitimación pasiva de una demandada excluyente de la otra, sin que exista norma alguna que ligue de forma solidaria a minorista y compañía aérea, teniendo Viajes Halcón relación únicamente con la compañía mayorista, organizadora o tour-operadora. Los actores debían haber demandado a la compañía organizadora, por lo que debió haberse admitido la falta de legitimación pasiva de la demandada o en todo caso, haberla absuelto. 2º Incongruencia por cuanto la propia Sentencia admite que la relación indemnizatoria surge de la ejecución del transporte aéreo. La responsabilidad queda exonerada en los casos previstos en el artículo 11.2 de la Ley de Viajes Combinados (RCL 1995, 1978). 3º Error en la apreciación de la prueba, pues no ha quedado probado la existencia de causalidad entre la cefalea y el barotrauma, sin que tampoco se acredite el "fracaso organizativo" que se señala en el FJ 2º de la Sentencia, no valorando por igual las pruebas aportadas por una y otra parte. Tampoco el aplicar el 10% a la indemnización por secuelas puede ser automático e igualmente se denuncia error valorativo, respecto de los 156 días de baja y respecto de los 6 puntos de la secuela. 4º Se aplican incorrectamente los intereses por mora procesal y en todo caso, deben fijarse a partir de la Sentencia, fecha en que la cantidad reclamada deviene líquida y exigible. 5º Se recurre la imposición de costas, al no tratarse de un tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia.

Unificaremos los dos primeros motivos del recurso que se centran nuevamente en debatir la legitimación pasiva de la Agencia de Viajes-minorista-.

El Juzgado a quo, partiendo de la Ley de Viajes Combinados 21/95 de 6 de Julio (RCL 1995, 1978) (actualmente derogada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)- CONSUMO que tiene por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990 (LCEur 1990, 614) y por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y por el que se incorpora-libro cuarto- la regulación sobre viajes combinados, por tratarse de una norma de transposición de directiva comunitaria que se integra en el acervo comunitario de protección de los consumidores y establece un régimen jurídico específico en la contratación con consumidores no afectado por las normas estatales sectoriales sobre turismo.) vigente en la fecha del contrato: 3/11/2005 y en particular de su artículo 11.1, interpreta éste de modo pro consumidor y concluye que la detallista ó minorista, en éste caso Viajes Halcón, está legitimada para soportar la acción dirigida también contra ella porque asume el resultado del viaje, sin perjuicio de que haya concertado su ejecución mediante auxiliares y por tanto "quien contrata un viaje en una agencia de viajes tiene derecho a que respondan de su fracaso organizativo TODOS aquéllos que se benefician del precio pagado: tanto el minorista -que recibe el encargo-, como el mayorista como el que proporciona el alojamiento ó realiza el transporte", afirmando igualmente la Juez a quo que la solidaridad debe extenderse también a quien vendió

el producto, vendedor cercano y conocido frente al cual al consumidor le es más factible dirigir la reclamación.

Pues bien, la Sala sintoniza con esa tesis pro usuario y en contra de los argumentos esgrimidos por la recurrente, es cierto que es la mayoritaria y así nos lo resume por ejemplo: la Sentencia dictada por la A.P de Sevilla (Sección 2ª) de 14 abril de 2005 (JUR 2005, 138260), según la cual: " Una primera línea jurisprudencial entiende que mientras los organizadores del viaje turístico asumen una obligación de resultado, el detallista circunscribe su ámbito de gestión a la intermediación entre organizador y consumidor, limitándose a la venta de viaje que aquél programa y éste solicita. Otra línea jurisprudencial, de carácter mayoritario, entiende que la responsabilidad del detallista o minorista es siempre solidaria con el organizador o mayorista, pues no se agota con la simple actividad intermediadora o de reserva del viaje, sino que, vinculada a la suerte o resultado final de la prestación contratada, deviene en responsable frente al consumidor del adecuado y correcto cumplimiento de las prestaciones programadas en las condiciones pactadas.... Este Tribunal asume esta segunda orientación jurisprudencial, pues, siendo cierto que la agencia detallista suele mediar entre organizador y viajero, de modo que sus obligaciones son básicamente las derivadas de tal labor mediadora, no lo es menos que el viajero o usuario es un consumidor a los efectos de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906)y por tanto la agencia que facilita el viaje combinado debe responder solidariamente frente al cliente con la que organiza y programa, pues ambas se benefician del precio pagado...." .

Cabe añadir además que según la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8411)- dictada con relación a la anterior normativa integrada por la Orden de 14 de abril de 1988 (RCL 1988, 842, 1077)- las agencias minoristas no operan como simples comisionistas o mandatarias de las agencias mayoristas, sino que venden directamente al usuario o consumidor los productos creados por éstas, de manera que la minorista actúa frente al cliente como vendedora, en nombre y por cuenta propia, de tales productos.

E igualmente nuestro Alto Tribunal : STS de 21 marzo de 2006 (RJ 2006, 1593) determina que : ..."Aunque sea cierto, y nadie lo discute, que las agencias minoristas o detallistas no pueden contratar directamente con las empresas hoteleras, y aunque sea igualmente cierto que a los hechos enjuiciados no les era todavía aplicable la Ley 21/1995, de 6 de julio (RCL 1995, 1978)de regulación de los Viajes Combinados, no lo es menos, de un lado, que en el año 1994 ya se había publicado la Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990 (LCEur 1990, 614)relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados y, de otro, que las Comunidades Autónomas habían dictado disposiciones sobre la materia orientadas primordialmente a la protección del usuario final como consumidor. De ahí que resulte de todo punto inadmisibile presentar la relación hotelero-mayorista (organizador) - minorista (detallista)- cliente (usuario final) como totalmente compartimentada o estanca...Como por demás resulta hoy claramente de la responsabilidad solidaria frente al consumidor que establece el artículo 11.1 de la citada Ley 21/95, dictada precisamente para incorporar al Derecho español la Directiva 90/314/CEE igualmente citada....

En consecuencia, la Agencia de Viajes Halcón y por lo que se refiere al caso que actualmente comentamos, goza de legitimación pasiva como así se razona por el Juzgado a quo, sin que el hecho de no haber demandado también a la mayorista excluya su responsabilidad como tampoco se excluye como repetiremos, la de los demás elementos que intervienen en el contrato incluido la transportista.

Y a los meros efectos dialécticos el debatido Artículo 11 de la Ley 21/95 (RCL 1995, 1978) (Responsabilidad de los organizadores y detallistas: 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. 1º 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) prácticamente se reproduce en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372): actual artículo 162, luego esa sigue siendo la voluntad del legislador quien en el apartado 2º del 162.1 añade: 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.

Nos resulta al hilo de la exposición, muy clarificadora la Sentencia dictada por la A.P de Madrid (Sección 12) de 18 octubre de 2005 (JUR 2005, 252042), en la que analiza precisamente la responsabilidad de la agencia detallista que declara solidaria también con la sociedad armadora del buque en un supuesto en el que falleció un pasajero a bordo como consecuencia de un infarto de miocardio y se señala en la misma que dicha responsabilidad: "...No puede paliarse por el deteriorado estado de salud, con el que inició su viaje el después fallecido, pues no consta que se le preguntara sobre el mismo ni se le exigiera al contratar condición alguna al respecto... Por lo demás, la responsabilidad solidaria que se establece, no sólo deriva de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 21/95 (RCL 1995, 1978) sino de que, no existiendo exclusión legal, sería injusto cargar las obligaciones procesales de los reclamantes, con el añadido de discernir si el incumplimiento de la obligación derivada del contrato, fue o no atribuible, en exclusiva, al organizador o al detallista... Ello sin perjuicio, desde luego, de las reclamaciones que recíprocamente, en su caso, puedan hacerse entre ellas..."

Respecto de las causas o circunstancias que hacen cesar la repetida responsabilidad, el indicado artículo 11 ap. último establece que se excluye cuando : a) Los defectos observados en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor. b) Que dichos defectos sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable. c) Que los defectos aludidos se deban 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. d) Que los defectos se deban a un acontecimiento que el detallista, o en su caso, el organizador, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podía prever ni superar.

Entiende la Sala que no se da ninguna de esas cuatro causas de exoneración. Pasamos al análisis del motivo que se sustenta en un denunciado error valorativo.

Queda acreditado como así razona la Juzgadora a quo, que: 1º La Sra. Isabel no estaba ya enferma, es decir, no sufría ninguna patología previa al aterrizaje. 2º Que nada más producirse el mismo, se la llevaron en silla de ruedas al Hospital Universitario de Valencia (Doc. nº 7 adjuntado con la demanda), extremos ambos acreditados además por sus compañeros de viaje que declararon en calidad de testigos. 3º Que esa cefalea intensa acompañada de náuseas y

vómitos, sintomatología denominada cefalea barotraumática, surge como consecuencia del descenso brusco de la aeronave. 4º Que tres días después del aterrizaje la Sra. Isabel seguía con los mismos síntomas lo que motivó que fuese explorada por el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Albacete con juicio diagnóstico: cefalea retroorbitaria y halo craneal I de etiología barotraumática (folio 20 de las actuaciones) siendo remitida al Servicio de Neurología con los resultados en cuanto a días en que estuvo incapacitada para el desarrollo de sus ocupaciones habituales y secuelas, recogidos en el Informe Pericial del Dr. Guillermo ratificado en el acto del Juicio.

Pues bien, como así nos enseña la Medicina, el barotrauma normalmente ocurre en los espacios de aire de un cuerpo mientras que ese cuerpo se mueve hacia o desde una mayor presión ambiental, como un buzo, un practicante de buceo libre, o un pasajero de avión que asciende y desciende, o durante una descompresión descontrolada. Pues bien, surgen cada vez con más asiduidad y así se está clasificando, lo que la Universidad Colombiana denomina "aerocefaleas" que se dan con mayor frecuencia -existen estadísticas- con el aterrizaje.

La demandada pretende demostrar que en todo caso, se trata de un supuesto imprevisible pero el Perito antes aludido relaciona ese cuadro clínico con el descenso brusco del avión. Sin duda, nos encontramos frente a un problema de credibilidad porque la Juez a quo valora toda la prueba en conjunto y otorgar mayor fiabilidad a unos medios que a otros no genera ninguna indefensión, cuando en eso consiste precisamente la valoración de la prueba, por eso la Sala asume esa interpretación no aportándose datos nuevos en la alzada que permitan rectificar la Sentencia porque se hayan podido alcanzar conclusiones infundadas.

Respecto del incremento del 10% por la indemnización derivada de las secuelas, es lógico aplicarlo dado que se utiliza analógicamente el Baremo aplicable a los accidentes de tráfico.

En relación con los intereses, dado que la indemnización se ha concretado en Sentencia y se ha aplicado la teoría de la deuda-valor, aplicando el Baremo correspondiente a 2006 (RCL 2006, 196, 368) no procede la condena por intereses moratorios y sólo se devengarán los intereses legales incrementados en 2 puntos desde la fecha de la sentencia ex artículo 576 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

Por último, se combaten las costas, y admitimos que existen causas de exención por tratarse de un supuesto dudoso y cuestión especialmente compleja, habida cuenta los distintos criterios doctrinales aunque el mayoritario, sea el combatido.

El Recurso se estima en parte.

B) Por lo que se refiere al recurso interpuesto por AIR EUROPA S.A.U, se sustenta el mismo, alegando resumidamente: Error valorativo, combatiendo nuevamente las causas de la dolencia de la demandante y por tanto, no siendo imputable ésta al hecho de la navegación aérea, combatiendo alternativamente el período de incapacidad que asciende a 156 días.

Idénticos argumentos a los esgrimidos en el ordinal décimo, deben reproducirse para desestimar éstos alegatos. Insistir en la responsabilidad objetiva de la transportista conforme además de la normativa indicada en la instancia, a la Decisión 2001/539CE del Consejo de la UNIÓN EUROPEA, de 5 Abr. 2001 (LCEur 2001, 2487)(Convenio para unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, Convenio de Montreal). Estableciéndose en el CAPÍTULO III, la regulación de la RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA Y MEDIDA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO, y en virtud de su artículo 17(Muerte y lesiones de los pasajeros Daño del equipaje) apartado 1º, que: El transportista es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el

accidente que causó la muerte o lesión se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a no ser que conforme a su artículo 20, pruebe el transportista que la negligencia u otra acción u omisión indebida de la persona que pide indemnización, o de la persona de la que proviene su derecho, causó el daño o contribuyó a él en la medida en que esta negligencia u otra acción u omisión indebida haya causado el daño o contribuido a él, supuesto, como hemos dicho, que no es el que nos ocupa.

Al respecto entre otras muchas: Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, de 7 Abril 2006 (JUR 2006, 140094) ó Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 30 Junio 2006 (JUR 2007, 40939), según la cual: "...Es claro que el artículo 117 de la Ley 48/1960, de 21 de julio (RCL 1960, 1041, 1259), de la Navegación Aérea, en consonancia con el Real Decreto 37/2001, de 19 de enero (RCL 2001, 301), sobre actualización de indemnizaciones, fija en cien mil derechos especiales de giro, lo que al cambio supone ciento cuarenta mil ochocientos treinta y seis euros con cincuenta y siete céntimos (140.836'57 ?) la indemnización cuando el siniestro acaezca por motivos de responsabilidad objetiva, ya que, como señalaran las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1987 (RJ 1987, 9974) y 10 de junio de 1988 (RJ 1988, 4868) de un siniestro de aviación surge una responsabilidad objetiva por la que, con plena independencia de culpabilidad en los del piloto o de la empresa transportista, procede indemnizar a las víctimas en la forma prevenida por la ley, señalando la de 17 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10282) que "el artículo 120 de la Ley 48/1960, de 21 de julio (navegación aérea) establece que la razón de indemnizar a los pasajeros por los daños sufridos a bordo de la aeronave y por la acción de la misma, o como consecuencia de las operaciones de embarque o desembarque, tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá en cualquier supuesto, incluido el de accidente fortuito y aun cuando el transportista o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia", de manera que, aparte de la estricta responsabilidad objetiva, se contiene en la norma una responsabilidad por riesgo fundada en la coacción social que impone la asunción de peligros por los perjudicados y que se desplaza sobre el transportista que, aunque en forma lícita y permitida, ha creado los riesgos frente a los que el eventual perjudicado carece de estructuras o medios propios de defensa, pero, sin embargo, como se desprende del contenido literal del artículo 121 de la misma, cuando se pruebe que el daño es resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes en la que exista dolo o culpa grave, dicho mínimo legal podrá ser incrementado, puesto que la responsabilidad civil en el derecho de la navegación aérea no solamente tiene sus fuentes legales en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, sino también en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil (LEG 1889, 27), expresando la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 3 de mayo de 1968 que ésta Ley especial no regula toda la responsabilidad culposa que pueda derivarse de la utilización de la nave, sino solamente aquella en que incurren los propietarios y explotadores de la navegación (transportistas, porteadores) por el incumplimiento de sus obligaciones dimanadas del contrato de transporte y que únicamente puede serles exigida por los pasajeros y cargadores de mercancías y equipajes facturados y aquella otra que provenga de la acción de la aeronave y de cuanto de ella se desprenda lo arroje y cause daño a los terceros que se encuentren en la superficie terrestre, pero dejando fuera de su ámbito de legislación las demás responsabilidades en que puedan incurrir quienes en virtud de cualquier género de estipulaciones realicen un incumplimiento irregular de éstas, y así frente a la responsabilidad objetiva del artículo 120 de la Ley 48/1960 (RCL 1960, 1041, 1259), coexiste igualmente una responsabilidad por culpa en el artículo 5.2 de dicha norma, a cuyo tenor no se excluye la aplicación de las leyes y disposiciones de carácter común, habiéndose decantado en este sentido el juzgador de primer grado por incardinar el supuesto objeto de controversia en responsabilidad objetiva contenida en la legislación especial en la que la cuantificación de los daños -morales- sufridos queda prefijada..."



Y muy ilustrativa resulta la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza: Sentencia de 10 Feb. 2006 (AC 2006, 141)(Asunto: Responsabilidad de las empresas implicadas en el vuelo e indemnización a los familiares de los militares fallecidos en el accidente del Yak-42) en orden a la determinación de la responsabilidad solidaria de las empresas implicadas en dicho vuelo : empresa intermediaria y compañía aérea que ejecutó el vuelo.

Pascual Martínez Espín