

**ESTADO DE ALARMA Y CANCELACIONES DE VIAJES COMBINADOS:
¿EL FIN DE ESOS MARAVILLOSOS AÑOS?
(COMENTARIO AL ART. 36.4 RD LEY 11/2020)***

*Pascual Martínez Espín***
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 11 de abril de 2020

1.- Regulación previa

El art. 160.2 TRLGDCU, en su redacción originaria hasta el 2018, reconocía al consumidor el derecho a desistir del contrato en cualquier momento antes del inicio del viaje, teniendo derecho a la devolución de las cantidades abonadas, 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 (la negrita es nuestra)**: 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

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Definitiva de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2020.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4466-7128>



anteriores a la salida. Si el consumidor no se presenta 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.

Y señalo en negrita es frase porque si el desistimiento tiene su origen en un supuesto de fuerza mayor, el consumidor podrá desistir con derecho a la devolución íntegra de lo abonado, y ello con independencia de que haya contratado o no seguro de cancelación.

El precepto no establecía plazo alguno de devolución. El art. 159, sobre resolución por causa imputable al organizador, señala que “el consumidor y usuario podrá exigir el reintegro de las cantidades desembolsadas al empresario al que se las abonó, que deberá reintegrárselas en los plazos y condiciones previstas en el artículo 76. El cómputo del plazo, en este caso, se iniciará desde la notificación del consumidor y usuario de su opción por la resolución o desde que se produjeran las circunstancias determinantes de la cancelación”. El art. 76 establecía un plazo de devolución de 30 días desde el desistimiento y si no lo devolvía en ese plazo, se devolverá duplicada la cantidad.

El Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, en particular la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, modificó el precepto anterior en doble sentido, en lo que ahora interesa:

De un lado, reconoce el mismo derecho de desistimiento, pero la penalización ya no es fijada por la ley sino por el contrato, con las limitaciones establecidas por la Ley. Así, exige que dicha penalización sea adecuada y justificable. El contrato podrá especificar una penalización tipo que sea razonable basada en la antelación de la resolución del contrato con respecto al inicio del viaje combinado y en el ahorro de costes y los ingresos esperados por la utilización alternativa de los servicios de viaje. En ausencia de una penalización tipo, el importe de la penalización por la resolución del contrato equivaldrá al precio del viaje combinado menos el ahorro de costes y los ingresos derivados de la utilización alternativa de los servicios de viaje. El organizador o, en su caso, el minorista deberán facilitar al viajero que lo solicite una justificación del importe de la penalización.

En mi opinión, esta reforma podría ser perjudicial para el consumidor, en la medida en que deja la fijación de la penalización al contrato, el cual al ser un contrato de adhesión es redactado por el empresario. Sin embargo, es lo cierto que la práctica demuestra que las agencias no están abusando de este derecho y los contratos mantienen las mismas penalizaciones que la normativa anterior.



Además, obsérvese que el precepto ya no menciona “la fuerza mayor” por lo que se plantea la duda de determinar si, concurriendo un supuesto de fuerza mayor el consumidor tendría derecho a la devolución íntegra del dinero o sólo procedería esta devolución en caso de concurrir las circunstancias inevitables en destino. En nuestra opinión, el consumidor tiene derecho a la devolución íntegra incluso en circunstancias de fuerza mayor distintas de la previstas en el art. 160.2 por aplicación del art. 1105 CC (vgr. hospitalización del viajero, de su cónyuge, de un hijo, etc.), el cual es de aplicación supletoria.

De otro lado, y esto es una novedad importante, cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes del inicio de este sin pagar ninguna penalización. En este caso, el viajero tendrá derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, pero no a una compensación adicional.

La finalidad del precepto es resolver situaciones como las acaecidas en los atentados de Nueva York, París, etc. en los que se produjeron cancelaciones masivas ante el temor a viajar a estas zonas, por evidentes razones de peligrosidad, miedo, etc.

El organizador o, en su caso, el minorista, reembolsará cualquier pago realizado por el viajero o en su nombre, por el viaje combinado, menos la penalización correspondiente. Dichos reembolsos o devoluciones se realizarán al viajero sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo no superior a catorce días naturales después de la terminación del contrato de viaje combinado.

El reembolso ha de ser en efectivo. No se prevé el canje por bonos, siquiera con carácter indefinido.

2.- RD Ley 11/2020

El art. 36 del RDL 11/2020 es una norma excepcional que, a pesar de estar incluida en la Sección 3.ª bajo el título de “Medidas de protección de consumidores”, lo que podría dar a entender que persigue ofrecer algún trato privilegiado en favor de los consumidores, en realidad es una norma de protección de las empresas. Se trata de una norma que restringe de forma radical los derechos de los consumidores que ya tenía reconocidos en Derecho común y comunitario (Directivas 2011/83, 2015/2302, 2019/771).



Lo cierto es que a partir de la publicación del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo y mientras dure el estado de alarma, la relación entre las agencias de viajes y los consumidores pasará a regirse además de por los arts. 150 y sig. TRLGDCU, tras la redacción dada por el RD Ley 23/2018, que ya mermó algunos de sus derechos, y por el contenido del art. 36 de dicho Real Decreto-Ley.

- Si la cancelación es por causa de pandemia, el organizador o minorista, podrán entregar al consumidor un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Si transcurre dicho plazo de validez del bono sin haberlo utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de los pagos realizados. Dicho bono deberá contar con el respaldo financiero que garantice su ejecución ((aval bancario a primer requerimiento, seguro de crédito, caución o impagos).

El supuesto de hecho que contempla la norma es el siguiente:

- Ha de tratarse de un consumidor que ha contratado y pagado, al menos, parcialmente el viaje combinados, antes de la salida.
- Imposibilidad de cumplimiento debido a las medidas adoptadas por el COVID-19, como el cierre de fronteras y la prohibición de viajar. Por tanto, se trata de una medida temporal limitada a la duración de la situación de estado de alarma.
- Este precepto no contempla, pues, las cancelaciones anteriores al estado de alarma, respecto de las que se aplicable el art. 160.2 TRLGDCU y, en caso de cancelación a instancias del consumidor, la agencia cobraba la penalización prevista en el contrato, salvo circunstancias inevitables en destino (vgr. viajes a China o a Lombardía italiana).
- Tampoco contempla las cancelaciones por no reunir el número mínimo de personas requeridas para el mismo, respecto de las cuales se aplicará el régimen previsto en el 160.3 TRLGDCU, en cuyo caso la norma también impone la devolución del dinero que el consumidor haya desembolsado.
- Por último, no es el caso tampoco en que la agencia se vea en la imposibilidad de ejecutar el viaje por circunstancias inevitables y extraordinarias y se notifica la cancelación antes del inicio del viaje (art. 160.3.b), pues dichas circunstancias inevitables y extraordinarias están referidas al ámbito interno de organización de



la agencia que no le sean imputables (vgr. cierre de un hotel por incendio, cancelación de vuelo, etc.).

- En estos tres últimos casos, procederá el abono del dinero en efectivo, sin que sea de aplicación el art. 36.4 RD Ley 11/2020.

El objetivo que persigue este precepto es el de evitar el concurso de las agencias ante cancelaciones masivas que tendría como consecuencia la devolución del dinero, que a las agencias no les ha devuelto el prestador o el mayorista. De este modo, los bonos de viaje constituyen un balón de oxígeno para las agencias, con la finalidad de aliviar la liquidez de estas (evitar el concurso de acreedores); una suspensión del derecho de reembolso que continúa asistiendo al consumidor. Por tanto, este párrafo es aplicable con independencia de quien inste la cancelación. Ahora bien, **la emisión de bonos solo será posible si los proveedores de servicios no devuelven a la agencia el dinero aportado a la agencia.**

- El organizador o minorista deberán efectuar el reembolso del dinero sólo en los casos en que los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado hubieran procedido a la devolución total del importe correspondiente a sus servicios. Si solo algunos de los proveedores de servicios del viaje combinado efectuaran la devolución al organizador o, en su caso, al minorista, o la cuantía devuelta por cada uno de ellos fuera parcial, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del bono entregado por la resolución del contrato.

El gran problema que plantea este párrafo es que el consumidor carece de posibilidad de comprobar si el proveedor ha procedido o no al reembolso al organizador/minorista, con lo cual las Agencias, por norma, canjearán por un bono, al objeto de demorar la devolución a los clientes, al menos, por un año. Desde el punto de vista de las agencias, es un parche temporal, pues lo que debería hacer la ley es obligar a los proveedores a devolver el dinero a las agencias (vgr. aerolíneas, hoteles, etc.). Porque ¿y si tras un año, el consumidor pide su dinero? Las Agencias estarán obligadas a devolverlo aún no habiéndolo recibido del proveedor. Por tanto, es una solución temporal, que permite a las agencias tener el tiempo suficiente para recuperar el dinero de los proveedores.

En el caso anterior, (devolución de los proveedores) el organizador o, en su caso, el minorista, procederán a efectuar los reembolsos citados anteriormente en un plazo no superior a 60 días desde la fecha de la resolución del contrato o desde aquella en que los proveedores de servicios hubieran procedido a su devolución.



De este modo, se modifica el plazo de devolución que anteriormente debería producirse sin demora y, como máximo, en 14 días naturales después de la terminación del viaje combinado (art. 160.4 TRLGDCU, en redacción dada por el RD Ley 23/2018). Se aumenta el plazo y se modifica el “dies a quo”, que pasa de 14 días naturales desde la terminación del viaje (lo cual era absurdo) a 60 días desde la resolución o desde que los proveedores hubieran procedido a su devolución ¿Cuál de las dos circunstancias? El precepto no lo aclara. Deberá ser la que se produzca antes de las dos que, en la práctica, será el transcurso del plazo de 60 días. Entender lo contrario supondría prolongar “ad infinitum” hasta que los proveedores de servicios efectúen la devolución correspondiente al proveedor (vulneración principio “pro consumatore”).

Si el viaje combinado hubiera sido financiado, el contrato de financiación ostentará la condición de contrato de contrato vinculado (art. 29.1 LCCC). Dicho precepto reconoce a los consumidores el derecho a oponer al financiador los mismos derechos que se pudieran oponer al prestador de servicios, siempre que: (i) el servicio no hubiera sido prestado en todo o en parte (lo que es equiparable a la imposibilidad de ejecución sobrevenida); y (ii) que el consumidor hubiera reclamado con carácter previo al prestador del servicio (organizador/minorista) sin haber obtenido la satisfacción de su derecho. Por lo tanto, tras la reclamación al organizador/minorista sin obtener reembolso o cancelación de la deuda y reembolso de las cuotas abonadas, el consumidor podrá suspender el pago de las cuotas por no haber obtenido la prestación financiada, y, además, solicitar la resolución contractual con restitución de prestaciones (restitución de las cuotas abonadas), con fundamento en el art. 29 LCCC.

3.- La guerra posterior entre Consumidores y Agencias de Viajes

Hemos señalado que el bono deberá contar con el respaldo financiero que garantice su ejecución. Facua está aconsejando a los clientes de agencias que no acepten un bono de viaje “si no les entregan un documento emitido por un avalista (banco o aseguradora) que asegure que el importe concreto adeudado está cubierto”. La organización advierte a los usuarios que “no pueden arriesgarse a que ese respaldo financiero sea un documento con contenido ambiguo, que no les garantice que una entidad solvente asegura el importe de cada bono en cuestión”.

Las Asociaciones de Agencias de Viajes estudian la posibilidad de iniciar acciones legales. Lo cierto es que, nos guste o no, los bonos son documentos legales. Estos bonos se han instaurado también en otros países de nuestro entorno, como Italia, Bélgica, Países Bajos y, recientemente, Alemania.



A este respecto, debe señalarse que las agencias de viajes que comercialicen viajes combinados están obligadas a constituir una garantía frente a la insolvencia y adaptarla cuando sea necesario. Dicha garantía podrá constituirse mediante la creación de un fondo de garantía, la contratación de un seguro, un aval u otra garantía financiera, en los términos que determine la Administración competente (art. 164). Asimismo, y como novedad respecto a la Directiva, la ley obliga a prestar una garantía de la responsabilidad contractual, para responder con carácter general del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado. En todo caso, los viajeros podrán reclamar esta garantía directamente al sistema de cobertura constituido.

Con el fin de adaptarse a esta reforma, algunas comunidades autónomas (Cataluña, Andalucía y Galicia) están modificando la normativa y realizando cambios en sus respectivos Decretos de las agencias de viajes.

Las modificaciones del seguro de caución para agencias de viajes respecto a la legislación actual son las siguientes:

- Tomador del seguro: organizadores o empresas que comercialicen viajes combinados y/o viajes vinculados.
- Capital asegurado: Constituir una garantía individual mediante un seguro, un aval u otra garantía financiera que durante el primer año de actividad sea de 100.000€ y en los años posteriores sea del 5% del volumen de negocio de la agencia, (No siendo en ningún caso inferior a los 100.000€). La principal repercusión para las agencias de viajes minoristas es el aumento de la cuantía de los avales que pasa de 60.000 euros a los 100.000 euros.

Se establece también una garantía colectiva a través de asociaciones empresariales legalmente constituidas, mediante aportaciones a un fondo solidario de garantía. Dicha aportación deberá ser mínimo del 50% de la suma de las garantías que las agencias de viajes individualmente consideradas deberían constituir (En ningún caso será un importe menor de 2.500.000 euros).

La mayoría de las agencias han prestado dichas garantías a través de pólizas de caución. Tanto las aseguradoras Catalana Occidente SA de Seguros y Reaseguros como Markel Insurance SE, Sucursal en España han aceptado dichos bonos como documentos acreditativos del pago realizado por el cliente del viaje combinado que pudiera reclamar por la falta de prestación del mismo en un supuesto de quiebra o insolvencia de la agencia de viajes, si bien requieren para dicho reconocimiento que el bono haya sido



emitido por la agencia de viajes y no por un proveedor de servicios. De este modo, garantizan la ejecución del bono sustitutorio las mismas garantías del contrato de viaje combinado sustituido.

Las agencias deberán facilitar un certificado a sus clientes que acredite su derecho a reclamar, el procedimiento necesario y los plazos en que puede hacerlo efectivo, lo que, sin duda, supone una mayor protección para los consumidores.

En suma, son tiempos de sacrificios y restricciones, también para los derechos de los consumidores, en aras de la economía y de las empresas.