

Roj: STS 149/2010
Id Cendoj: 28079110012010100017
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1165/2005
Nº de Resolución: 870/2009
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación interpuestos ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, por VIAJES BARCELÓ, S.L., y por "VIAJES EUROJET, S.A.", representados respectivamente por los Procuradores de los Tribunales D. Carlos Zulueta Cebrian, que fue sustituido por la Procuradora Dª Paloma Solera Lama y por D. José Manuel de Dorremochea Aramburu, contra la Sentencia dictada, el día 14 de febrero de 2005 en el rollo de apelación nº 60/2005, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, en el juicio de menor cuantía nº 634/1998. Son partes recurridas Dª María Angeles y otros representados por el Procurador de los Tribunales D. Pedro José Vila Rodríguez; Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros representada por el Procurador D. Isacio Calleja García; D. Dimas y Dª Luz , representados por la Procurador Dª Mª Teresa Carretero Gutiérrez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, Dª. María Purificación , contra MUNDO JOVEN, S.A. y WINTERTHUR, S.A. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... dictándose en su día sentencia por la que se condene a las sociedades demandadas a abonar a mi representada las cantidades que se fijen por daños y perjuicios que se recogen en la demanda y las costas del procedimiento"*.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de WINTHERTUR, SEGUROS GENERALES, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS. mediante el oportuno escrito incidente sobre Cuestión de Competencia por Declinatoria Internacional ,alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... se dicte Resolución, dando lugar a la Declinatoria Internacional propuesta y declinando la competencia a favor del Juzgado que corresponda del Departamento de Justicia de Duzce (Turquia) para el conocimiento de este juicio"*.

La representación de MUNDO JOVEN, S.A. presentó escrito formulando con carácter previo Incidente sobre Cuestión de Competencia Internacional por Declinatoria, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando: *"...dictando en su día resolución por la que admitiendo la cuestión de competencia internacional planteada decline la competencia a favor del Juzgado que corresponda de la jurisdicción turca para el conocimiento de este juicio"*.

Admitida a trámite la cuestión incidental, fue resuelta por Auto de fecha 21 de febrero que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: *"Desestimando las cuestiones de competencia internacional formuladas por MUNDO JOVEN, S.A. y WINTERTHUR, S.A., en su mérito declaro la competencia de este Juzgado para conocer del procedimiento, con expresa condena en costas de los incidentes planteados a las partes demandadas"*.

La representación de WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, presentó escrito contestando a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de

aplicación para terminar suplicando: "...dicte en su día Sentencia por la que, sin entrar a conocer el fondo del asunto, estime la excepción dilatoria de inadecuación de procedimiento y desestime la demanda, absolviendo de ella a mi principal, subsidiariamente, si entra a conocer el fondo del asunto, la desestime igualmente por la excepción de fondo opuesta o las que soberanamente considere el Juzgado en función de los hechos, en todos los supuestos se interesa que la actora sea condenada expresamente al pago de las costas de esta litis".

La representación de WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, presentó escrito formulando solicitud de acumulación de los autos de menor cuantía nº 111/99-A del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Sabadell, y del procedimiento de menor cuantía 541/99 del Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid.

Por Auto de fecha 10 de mayo de 2001, se acuerda: "... la acumulación a los presentes autos de los seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid de MENOR CUANTÍA 541/99, a instancia de D. Hernan, Dª. María Angeles, D. Raúl, Dª Justa, Dª María Rosa y Dª. Raquel contra VIAJES MUNDO JOVEN, S.A., WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS y, VIAJES BARCELÓ, S.L. y, de los seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell de MENOR CUANTÍA 111/99, a instancia de D. Dimas y D. Luz contra VIAJES MUNDO JOVEN, S.A., VIAJES EUROJET, S.A. Y WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, dirigiéndose oficios a dichos Juzgados, con testimonio de este auto, de la demanda y solicitud de acumulación, para que los remita a este Juzgado a fin de tramitarlos en un solo juicio".

Recibidos los autos de juicio ordinario de menor cuantía nº 541/1999 del Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid, seguidos en virtud de demanda formulada por D. Hernan y su esposa Dª María Angeles, D. Raúl y su esposa Dª Justa, Dª María Rosa y Dª Raquel, representados por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, contra Viajes Mundo Joven, S.A., Winterthur Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, y Viajes Barceló S.L., alegando en dicho escrito los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: "... dicte en su día Sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1) Que se condene de forma solidaria a VIAJES MUNDO JOVEN, S.A. y VIAJES BARCELONA, S.L., a abonar las siguientes cantidades como responsables de los daños y perjuicios originados a mis mandantes:

a) A Don Hernan y su esposa Doña María Angeles, la cantidad de veinticinco millones ciento treinta y nueve mil ochocientos veinticuatro pesetas (25.139.824.- pts) más el interés legal desde la fecha de requerimiento notarial (13-8-88), por los conceptos expresados en el apartado 1 del hecho Sexto de la presente demanda.

b) A Don Raúl y su esposa Doña Justa, la cantidad de veinte millones de pesetas (20.000.000.- pts.) más el interés legal desde fecha de requerimiento notarial (13-8-88), por los conceptos expresados en el apartado 2 del hecho Sexto de la presente demanda.

c) A Doña María Rosa, la cantidad de treinta y ocho millones doscientas diez mil pesetas (38.210.000.- pts.) más el interés legal desde la fecha de requerimiento notarial (13-8-88), por los conceptos expresados en el apartado 3 del hecho Sexto de la presente demanda.

d) A Doña Raquel, la cantidad de veintiún millones cuatrocientas veintiseis mil quinientas pesetas (21.426.500.- pts.) más el interés legal desde la fecha de requerimiento notarial (13-8-88), por los conceptos expresados en el apartado 4 del hecho Sexto de la presente demanda.

2) Que se condene a WINTERTHUR Seguros Generales sociedad Anónima de Seguro y Reaseguros como responsable civil de VIAJES MUNDO JOVEN, S.A., a responder directamente frente a mis patrocinados hasta el límite de la cantidad asegurada tanto por riesgo de explotación como por responsabilidad civil indirecta o subsidiaria en el supuesto de insolvencia de la codemandada VIAJES MUNDO JOVEN, S.A.

3) Que se condene a los codemandados a las costas del pleito".

La representación de WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, S.A., presentó escrito contestando a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...dicte en su día sentencia por la que, sin entrar a conocer el fondo del asunto, estime la excepción dilatoria de inadecuación del procedimiento y desestime la demanda, absolviendo de ella a mi principal, subsidiariamente, sin entrar a conocer el fondo del asunto, la desestime igualmente por las excepciones de el fondo opuestas o las que soberanamente considere el Jugado en función de los hechos, y, en última instancia, subsidiariamente en segundo grado, estime en parte la demanda por estimar también la excepción de pluspetición, una vez se aplicara correctamente el baremo y los criterios de la vigente Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros

Privados, en todos los supuestos se interesa que los actores sean condenados expresamente al pago de las costas de esta litis".

La representación de VIAJES BARCELÓ S.L., presentó escrito contestando a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando; *"...se dicte en su día sentencia por la cual se estimen conjuntamente las excepciones propuestas por esta parte, o alguna de ellas, o en cuanto al fondo se desestime íntegramente la demanda con respecto a mi representada, y se condene en costas a la parte actora".*

Por resolución de fecha 24 de marzo de 2000, se dió por contestada la demanda y por precluido del trámite de contestación respecto a la demandada VIAJES MUNDO JOVEN, S.A., declarándose a la misma en rebeldía y convocar a las partes a la comparecencia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por resolución de fecha 4 de julio de 2001 el Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid, dictó resolución que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: *"...Que procede la acumulación solicitada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid, bajo el número 634/98 a cuyo fin se remitirán las presentes actuaciones al citado Juzgado, emplazándose a las partes para que dentro del término de DIEZ DIAS, comparezcan ante él a usar de su derecho"*

El Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Sabadell, acordó la remisión de los autos de juicio ordinario de menor cuantía 111/99, seguidos ante dicho Juzgado a instancia de D. Dimas y Dª Luz , padres de D. Germán y, contra VIAJES EUROJET, S.A., MUNDO JOVEN, S.A. y WINTERTHUR SEGUROS GENERALES, S.A., para su acumulación a los seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid, dichas actuaciones se incoaron en virtud de demanda formulada por el Procurador D. Andrés Carretero Pérez, alegando en dicho escrito lo hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación para terminar suplicando: *"...dicte en su día sentencia por la que, con admisión íntegra de la demanda, condene a las demandadas a satisfacer al actor las cantidades siguientes:*

1º.- A Mundo Joven, S.A. y Eurojet, S.A. solidariamente, a abonarle la cantidad de 95.607.227,- Ptas. por los días de incapacidad y secuelas derivadas del accidente sufrido, según el detalle establecido en el hecho octavo, más los gastos de repatriación a España detallados en el hecho cuarto, por ser todos esos conceptos perjuicios causados en el transcurso del viaje contratado.

2º.- A Mundo Joven, S.A., a abonarle, además el importe de la parte de viaje no realizada, cantidad a determinar en ejecución de sentencia.

3º.- A Winterthur Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros, como responsable directo y solidario de las sumas indicadas en los anteriores apartados 1º y 2º hasta el límite asegurado, a pagar al actor la cantidad de 50.000.000 de pesetas, límite de la suma de las cantidades aseguradas en las pólizas de responsabilidad civil de las otras dos codemandadas, y, además sobre esta cantidad, el interés legal incrementado en el 50% desde la fecha del accidente hasta la del efectivo pago, cuyo interés no podrá ser inferior al 20% en el caso de que el pago se produzca una vez transcurridos dos años desde la fecha del accidente.

Todo ello con imposición de las costas a las demandadas".

La representación de Viajes Eurojet, S.A., compareció en autos y contestó la demanda mediante el oportuno escrito alegando en el mismo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: *"...dictar Sentencia, por la que desestimando íntegramente la demanda respecto a mi representada, se absuelva a la misma de todos los pedimentos formulados en su contra, con imposición de costas a la actora".*

La representación de Winterthur Seguros Generales, compareció en autos y contestó a la demanda mediante el oportuno escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: *"...se sirva dictar Sentencia en su día por la que desestimando la demanda, se absuelva a mi representada de todos los pedimentos formulados en su contra, con expresa imposición de las costas a la parte demandante por imperativo legal".*

Acumuladas las actuaciones del Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid y del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Sabadell, por resolución de fecha 18 de febrero de 2002, se acordó dar por precluido el trámite de contestación a la demanda y señalar día y hora para celebrar la Comparecencia prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil la que se celebró en el día y hora señalado y con asistencia de las partes personadas,

habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid dictó Sentencia, con fecha 26 de diciembre de 2003 , y con la siguiente parte dispositiva: "*FALLO: Estimo parcialmente la demanda formulada por el procurador de los Tribunales Sr. Martínez Ostenero en nombre y representación de Dña. María Purificación contra Viajes Mundo Joven, S.A. y Winterthur, S.A y en su mérito condeno a Viajes Mundo Joven, S.A. a que indemnice a Dña. María Purificación en la cantidad de 19.893.5 Euros mas intereses legales desde Sentencia y a la cantidad que resulte en ejecución de sentencia conforme a las bases establecidas en el fundamento jurídico 6º, y costas del procedimiento. Y absuelvo a Winterthur, S.A. de los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la actora.*

Estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Carretero Gutiérrez en nombre y representación de D. Dimas y Dña. Luz contra Viajes Mundo Joven, S.A., Viajes Eurojet, S.A. y Wintethur, S.A. y en su mérito condeno a Viajes Mundo Joven, S.A. al pago de 526.707,27 Euros más intereses legales desde sentencia. Cada parte responderá de las costas causadas a su instancia. Y absuelvo a Viajes Eurojet, S.A. y a Winterthur, S.A. de los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora.

Estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Vila Rodríguez en nombre y representación de D. Hernan y Dña María Angeles , D. Raúl y Dña. Raquel contra Viajes Mundo Joven, S.A. viajes Secilla Gallo contra Viajes Mundo Joven, S.A. (sic), Viajes Barceló, S.L. y Winterthur, S.A. y en su mérito condeno a Viajes Mundo Joven a indemnizar a D. Hernan y Dña. María Angeles en la cantidad de 72.213,17 Euros más intereses legales desde Sentencia, a Dña. María Rosa en la cantidad de 180.303 Euros más intereses legales desde sentencia y a Dña Raquel en la cantidad de 128.7775, 85 Euros mas intereses legales desde la interpelación judicial. Cada parte responderá de las costas causadas a su instancia a excepción de las causadas a Dña. Raquel de las cuales responderá la parte actora. Y absuelvo a Viajes Barceló, S.L. y Winterthur, S.A. de los pedimentos de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora".

El Procurador D. Raul Martínez Ostenero, en nombre y representación de D^a María Purificación , presentó escrito solicitando la rectificación de error material contenido en el Fallo de la sentencia dictada donde dice "Doudot" ha de decir "Baudot", dictándose con fecha 5 de febrero de 2004 , auto que contiene la siguiente parte dispositiva: "*SE RECTIFICA* Sentencia, de 26 de Diciembre de 2004 , en el sentido de que donde se dice "...en nombre y representación de Dña. María Purificación ...", debe decir "... en nombre y representación de Dña. María Purificación ...".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación D^a. María Purificación ; D. Hernan , D^a María Angeles , D. Raúl , D^a Justa , D^a María Rosa y D^a Raquel ; D. Dimas y D^a Luz .

Sustanciada la apelación, la Sección 19^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 14 de febrero de 2005 , con el siguiente fallo: "*Que estimando parcialmente los respectivos recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de Doña María Purificación , de una parte, de D. Hernan , Doña María Angeles , Don Raúl , Doña Justa , Doña María Rosa y Doña Raquel , de otra y de Don Dimas y Doña Luz , en representación de incapacitado Don Germán , de otra, todos frente a la sentencia dictada con fecha 26 de diciembre de 2003, en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de los de Madrid bajo el núm. 634/1998, a los que vienen acumulados los iniciados en el Juzgado núm. 52 de la misma capital bajo el núm. 541/1999 y los iniciados en el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de los de Sabadell bajo el núm. 111/1999 , debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia, así en relación a su pronunciamiento del párrafo primero en el particular que hace expresa imposición de las costas devengadas por la entidad Winterthur a la demandante Doña María Purificación , procede declarar y así lo hacemos que no procede hacer expresa imposición de las referidas costas, esto es, de las generadas por la entidad Winterthur, confirmando el resto de los pronunciamientos contenidos en ese párrafo primero.*

En cuanto a los pronunciamientos contenidos en el párrafo segundo, debemos revocar y revocamos parcialmente el mismo, en el particular que desestima la demanda a que se refiere respecto a la entidad lberojet, S.A., a la que absuelve procediendo declarar y declaramos que procede estimar parcialmente la demanda que contra la misma se formula y condenarla solidariamente con la entidad Viajes Mundo Joven, S.A., al pago de las cantidades que para esta última se establecen; modificando también el pronunciamiento

que contiene relativo a costas, que procede establecer y así lo hacemos en el sentido de que no proceda hacer expresa imposición de las costas derivadas de la demanda a que dicho párrafo se refiere.

En cuanto a los pronunciamientos contenidos en el párrafo tercero, debemos igualmente, revocar y revocamos parcialmente el mismo, en el particular que desestima la demanda a que se refiere respecto de Viajes Barceló, S.L., a la que absuelve, procediendo declarar y así lo hacemos que procede estimar parcialmente la demanda que contra la misma se formula y condenarla solidariamente con la entidad Viajes Mundo Joven, S.A., al pago de las cantidades que para esta última se establecen, modificando también el pronunciamiento relativo a costas en cuanto a las devengadas por la entidad Winterthur Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros, respecto de las que no procede hacer expresa imposición.

Todo lo precedente sin hacer expresa imposición de las costas derivadas de los respectivos recursos que motivan esta sentencia".

La representación de D. Dimas y D^a Luz , presentó escrito solicitando la rectificación de error material del párrafo segundo del fallo de la sentencia, en el sentido de que en lugar de Iberojet, S,.A. se haga constar "Viajes Eurojet, S.A."

Por Auto de fecha 7 de marzo de 2005 , se acordó: "LA SALA ACUERDA: Rectificar el error material sufrido en el párrafo segundo del fallo de la sentencia dictada por esta Sala con fecha 14 de febrero de 2005 , y donde dice: "Iberojet, S.A.", debe decir "Viajes Eurojet, S.A.", manteniéndose el resto de los pronunciamientos".

TERCERO. Anunciados recursos de casación y extraordinario por infracción procesal por la representación de D. Dimas y D^a. Luz , y recurso de casación por la representación de VIAJES BARCELÓ y recurso de casación por VIAJES EUROJET, S.A., contra la Sentencia de apelación el Tribunal de instancia los tuvo por preparados siendo los mismos interpuestos de la siguiente forma:

El Procurador D. Carlos de Zulueta Cebrian, en nombre y representación de Viajes Barceló, interpuso el recurso de casación articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del artículo 11.1 de la Ley 21/1995 de 6 de julio reguladora de los Viajes Combinados.

Segundo.- Infracción del artículo 11 de la Ley de Viajes Combinados .

Tercero.- Infracción del artículo 11.2 d) de la Ley 21/1995 de 6 de julio reguladora de los Viajes Combinados.

Cuarto.- Infracción del artículo 2 en sus apartados 2, 3 y 8 de la Ley 21/1995 de 6 de julio reguladora de Viajes Combinados.

Quinto.- Infracción del artículo 1101 del Código Civil , y jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpretan.

Sexto.- Infracción del artículo 1254 del Código Civil .

Séptimo.- Infracción del artículo 1257 del Código Civil .

Asimismo formuló motivo de casación por intereses casacional al amparo del artículo 477, 2,3º LEC/2000 .

El Procurador D. José Manuel de Dorremoechea Aramburu, en representación de VIAJES EUROJET, S.A ., interpuso su recurso de casación en base los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del artículo 11,1 e infracción del artículo 2 en sus apartados 1 y 3 de la Ley 21/1995 de 6 de julio reguladora de los viajes combinados.

Segundo.- Infracción del artículo 11,2 d) de la Ley 21/1995 de 6 de julio reguladora de los Viajes Combinados.

Tercero.- Infracción del artículo 1101 del Código Civil .

Cuarto.- Infracción del artículo 1137 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta.

Quinto.- Interés casacional regulado en el artículo 477,2, 3º y 3 de la LEC.

Por auto de fecha 13 de mayo de 2005, la Sala acordó: "SE DECLARAN DESIERTOS los recursos extraordinario por infracción procesal y casación preparados por la Procuradora Sra. Carretero Gutiérrez, en

nombre y representación de Don Dimas y D^a Luz , contra la sentencia dictada en segunda instancia en este proceso".

Por resolución de fecha 16 de mayo de 2005, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personaron el Procurador D. José Manuel de Dorremoechea Aramburu, en nombre y representación de "Viajes Eurojet, S.A.", como recurrente; el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de D^a María Angeles y otros, como recurridos; el Procurador D. Carlos de Zulueta Cebrian, en nombre y representación de Viajes Barceló, S.L., que fue sustituido por fallecimiento del Procurador Sr. Zulueta, por la Procuradora D^a Paloma Solera Lama, en calidad de recurrente; el Procurador D. Isacio Calleja García en nombre y representación de "Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, como recurrida; la Procuradora D^a M^a Teresa Carretero Gutiérrez, en nombre y representación de D. Dimas y D^a Luz , en calidad de recurridos.

Admitidos los recursos por auto de fecha 25 de noviembre de 2008 , y evacuados los traslados conferido al respecto, el Procurador D. Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de D. Hernan y otros, impugnó los mismo, solicitando se declarase no haber lugar a dichos recursos. La Procuradora D^a M^a Teresa Carretero Gutiérrez, en nombre y representación de D. Dimas y D^a Luz , impugnó el formulado por Viajes Eurojet, S.A., solicitando su inadmisión.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el 14 de octubre de 2009, acordándose suspender dicho señalamiento, y por razón de la materia someter el contenido de dicho recurso al conocimiento del Pleno, señalándose a tal efecto el 16 de diciembre de 2009, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Resumen de los hechos probados.

1º Los demandantes habían contratado un viaje a Turquía con las minoristas VIAJES BARCELÓ S.L. y EUROJET S.A. La organizadora del viaje/mayorista era MUNDO JOVEN, S.A. El 4 septiembre 1997 ocurrió un accidente de circulación en el autocar en que viajaban por culpa imputada judicialmente al conductor. La empresa de autocares había sido contratada por VIAJES MUNDO JOVEN, S.A.

2º Presentaron diversas demandas las personas siguientes: a) D^a María Purificación contra Mundo Joven, S.A. y Winterthur. Reclamaba por la muerte del marido y por lesiones propias; b) D^a Hernan , D^a María Angeles , D. Raúl , D^a Justa , D^a María Rosa y D^a Raquel contra Viajes Barceló, S.L., Mundo Joven, y Winterthur. Reclamaban por fallecimiento y diversas lesiones, y c) D. Germán y D^a Luz contra Mundo Joven, Winterthur y Viajes Eurojet, por diversas lesiones. Se acumularon las diversas demandas presentadas, de modo que resultan demandados en todas las demandas MUNDO JOVEN, S.A., declarada en rebeldía, y su aseguradora Winterthur, Seguros generales S.A. de seguros y Reaseguros. En una de las demandas se demandaba a VIAJES BARCELÓ, S.L. y en la otra, a VIAJES EUROJET, S.L. Todas las demandas pidieron la indemnización de los daños y perjuicios padecidos por los diversos demandantes en el mismo accidente.

3º El Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid, en sentencia de 26 diciembre 2003 , después de fijar los hechos probados y sin mayores argumentos, estimó parcialmente las demandas de:

a) D^a María Purificación a ser indemnizada por MUNDO JOVEN, S.A. y WINTERTHUR, en las cantidades que determinaba la sentencia.

b) D. Dimas y D^a Luz a ser indemnizados por MUNDO JOVEN, S.A., absolviendo a EUROJET y WINTERTHUR.

c) D. Hernan y otros, condenando al pago de diversas cantidades a MUNDO JOVEN, S.L. y absolviendo a Viajes BARCELÓ S.L. y WINTERTHUR.

4º Apelaron todos los demandantes contra todos los demandados, continuando MUNDO JOVEN, S.A. en rebeldía. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19, de 14 febrero 2005 , estimó parcialmente los recursos de apelación, en base a los argumentos siguientes. Señaló que en el recurso se cuestionaba: a) la responsabilidad de WINTERTHUR, y b) Si la responsabilidad de EUROJET y VIAJES BARCELÓ es solidaria o mancomunada con MUNDO JOVEN, S.A. Respecto a la primera cuestión, la Audiencia Provincial entendió que existía una exclusión de cobertura del siniestro de los accidentes de

circulación, puesto que se excluía expresamente en los contratos de seguros. Esta cuestión no se repite en casación.

Respecto al tipo clase de responsabilidad entre la mayorista y los minoristas, de acuerdo con el *Art. 3 de la Ley 21/1995* y el *Art. 11 de la misma ley*, la sentencia recurrida estudia sus textos y las posibles interpretaciones que ofrece el citado *Art. 11*. Señala que las distintas Audiencias se han pronunciado de forma distinta, estudiando las posiciones de las Audiencias Provinciales y lo dicho en la STS de 23 julio 2001. Acaba concluyendo que "esta Sala se adscribe decididamente por la tesis de estimar la responsabilidad solidaria entre organizador y detallista, pues ninguna duda ofrece que la Ley de Viajes Combinados como la Directiva que incorpora pretende una mayor protección a los consumidores y obviamente la solidaridad responde mejor a esa protección, con lo cual ya nos encontramos con un elemento interpretativo cual es el relativo al espíritu y finalidad de la norma que nos lleva a entender la solidaridad [...]". En consecuencia, la sentencia recurrida declara responsables solidarias a MUNDO JOVEN, S.A., VIAJES BARCELÓ, S.L. y EUROJET, S.A.

5º Recurren en casación VIAJES BARCELÓ S.L. y EUROJET, S.A., al amparo del artículo 477, 2, 2º LECiv y por el artículo 477, 2, 3º LECiv. Dichos recursos fueron admitidos por auto de esta Sala de 25 noviembre 2008.

Se van a examinar conjuntamente ambos recursos dado que coinciden en los principales argumentos en su impugnación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. *Solidaridad de las obligaciones de los agentes que intervienen en el viaje combinado.*

Se van a examinar conjuntamente los tres primeros motivos del recurso de VIAJES BARCELÓ, S.L. por referirse todos ellos al tipo de obligación que genera la responsabilidad de mayoristas y detallistas o agencias de viaje frente a quien contrata un viaje combinado. Asimismo, se examinarán los motivos primero y segundo del recurso presentado por VIAJES EUROJET, S.A.

El *Motivo primero* del recurso de VIAJES BARCELÓ, S.L. denuncia la infracción del *Art. 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio*, en cuanto dice que los organizadores y detallistas responden frente al consumidor "en función de las obligaciones que les corresponden por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado [...]". Dice la recurrente VIAJES BARCELÓ S.L. que no asumió contractualmente ningún comportamiento fuera de su ámbito de actuación. La agencia asume la ejecución de una obra, por lo que cabe entender que queda obligada a satisfacer de forma directa e inmediata el interés del consumidor, cosa que solo se consigue si cumple la obligación de proporcionarle el viaje, de modo que la mayorista solo lo podrá obtener con cierta inmediatez si dispone de medios propios. Señala que organizador y detallista son deudores distintos frente al consumidor, por lo que "una eventual relación representativa que pueda tener lugar entre los primeros debería producir sus efectos ante el consumidor, pero no incidir en la determinación de los responsables contractuales frente al consumidor". Deduce del *Art. 11.1* que se trata de una responsabilidad mancomunada, en la que el organizador responde de los daños y perjuicios de las obligaciones de programación o ejecutar los servicios del viaje, mientras que la del detallista únicamente puede proceder del incumplimiento de las obligaciones de facilitar el programa de viaje, etc. por lo que no es posible que el usuario pueda reclamar al minorista incumplimientos del mayorista ni viceversa. VIAJES BARCELÓ no tuvo relación con MUNDO JOVEN.

El *Motivo segundo* señala la infracción del *Art. 11.1*, en cuanto establece que "la responsabilidad será solidaria cuando concurran conjuntamente en el contrato diferentes organizadores o detallistas, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos". Dice la recurrente que dicha solidaridad no puede aplicarse a este caso, por cuanto las obligaciones asumidas por las distintas agencias que intervinieron en el viaje son de distinta naturaleza, lo que excluye la solidaridad. Añade que concurriendo una mayorista y una minorista en la venta del viaje combinado, no surge automáticamente la solidaridad, ya que la establecida en el *Art. 11.2 de la ley* solo será aplicable cuando concurran en el mismo ámbito de actuación más de una agencia de viajes, ya sea mayorista o minorista.

Finalmente, el *Motivo tercero* señala la infracción del *Art. 11.2,d de la Ley 21/1995*. El accidente fue un evento que el detallista, a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no había podido superar, por no haber contratado VIAJES BARCELÓ, S.A. ningún servicio de autocar. El accidente se produjo fuera del ámbito de actuación de la detallista en el viaje.

Los *motivos primero y segundo* del recurso presentado por VIAJES EUROJET, S.A. se va a examinar también en este Fundamento, por coincidir con los formulados por la recurrente VIAJES BARCELÓ, S.L. Esta otra recurrente denuncia la infracción del *Art. 11.1* y del *Art. 2. 1 y 3 de la Ley 21/1995*. Dice que dichos artículos regulan la responsabilidad contractual de organizadores y detallistas frente al consumidor. Según esta

recurrente, dicha disposición establece una responsabilidad mancomunada de ambos frente al consumidor y para saber cuál es el ámbito de gestión de cada uno de ellos se debe acudir a lo que se establece en el *Art. 2 de la misma ley* . Al tener funciones y responsabilidades distintas, el accidente se produjo en el ámbito de gestión de la mayorista MUNDO JOVEN, S.A., de modo que la recurrente no participó en nada. Habiendo solo una organizadora y una detallista, de conformidad con el *Art. 11* y el *Art. 2 de la Ley 21/1995* , no cabe solidaridad entre ambas. El detallista es un simple intermediario y el consumidor deberá dirigirse contra el organizador. El *Motivo segundo* denuncia la infracción del *Art. 11.2 d de la Ley 21/1995*. Al no estar al alcance de la detallista la contratación ni de la empresa de transporte ni del conductor, tampoco podía poner toda la diligencia debida en esa contratación ni podía, en consecuencia, ni prever ni superar que se produjera el accidente, que se produjo fuera de su ámbito de gestión y de su control.

Los motivos primero, segundo y tercero del recurso formulado por VIAJES BARCELÓ S.L. y primero y segundo del recurso de VIAJES EUROJET, S.A. se desestiman.

TERCERO. *El derecho comunitario: la Directiva 90/314/CEE .*

La *Directiva 90/314/CEE, de 13 junio relativa a viajes combinados estableció, en su artículo 5* , lo que se reproduce a continuación:

"1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad respecto al consumidor por la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato recaiga en el organizador y/o en el detallista que sean parte de dicho contrato, con independencia de que dichas obligaciones las deban ejecutar él mismo u otros prestadores de servicios, y ello sin perjuicio del derecho del organizador y/o del detallista a actuar contra esos otros prestadores de servicios.

2. Por lo que respecta a los daños sufridos por el consumidor a causa de la no ejecución o mala ejecución del contrato, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad recaiga en el organizador y/o el detallista a menos que dicha no ejecución o mala ejecución no sean imputables ni a estos ni a otro prestador de servicios, porque: - las faltas observadas en la ejecución del contrato sean imputables al consumidor,

- dichas faltas sean imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible o insuperable,

- dichas faltas se deben a un caso de fuerza mayor, tal como se define en el inciso ii) del apartado 6 del 4, a un acontecimiento que el organizador y/o el detallista, o el prestatario, poniendo toda la diligencia necesaria, no podían prever ni superar [...]."

Esta norma responde a lo que se establece en la Exposición de Motivos de la Directiva que señala 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"*.

De la lectura de las disposiciones reproducidas se deduce que la Directiva no estableció si la responsabilidad debía ser mancomunada o solidaria entre los mayoristas y los minoristas, sino que dejó libertad a los estados miembros para establecerla a la hora de efectuar la transposición. Los diversos estados miembros de la UE no han coincidido a la hora de determinar el tipo de responsabilidad del organizador y del detallista frente al consumidor que haya sufrido un daño en un viaje combinado. Por ello, es conveniente efectuar un repaso a las distintas soluciones.

a) Algunos países han optado por hacer responder únicamente al organizador frente al consumidor. Así ocurre en el § 651 d BGB, §§ 31 b-f *Konsumentenschutzgesetz* austriaco y *artículo. 507.2 BW* holandés. La razón se encuentra en que se considera que el detallista actúa como auxiliar en el cumplimiento del mayorista. A partir del momento en que se firma el contrato de viaje, después del asesoramiento por el detallista al consumidor, se entiende que se convierte en un auxiliar del cumplimiento del mayorista, por lo que sólo éste será el responsable frente al consumidor del viaje.

b) En Inglaterra se impone la responsabilidad a quien ha contratado con el consumidor, incluyendo a los organizadores de los viajes y a las agencias detallistas (*Regulation 15 The Package Travel, Package Holidays and Package Tour Regulations* , de 22 diciembre 1992), aunque los tribunales consideran que una vez firmado el contrato, el detallista actúa como representante del organizador/mayorista y por tanto, responde éste

directamente, sin perjuicio de los casos de agencias que actúan por sí mismas, en supuestos de representación indirecta.

c) El artículo 93.1 del Decreto legislativo italiano nº 206, de 6 septiembre 2005, por el que se aprueba el *Codice del consumo*, establece la responsabilidad de organizador y detallista frente al consumidor por las obligaciones asumidas de acuerdo con la responsabilidad respectiva y así se entiende que sus obligaciones no son las mismas, aunque existe una opinión más generalizada de acuerdo con la que el detallista es el único responsable frente al consumidor como si fuera el organizador, aplicando las normas del contrato de mandato.

d) El artículo L.211-17 del *Code du tourisme* francés establece la responsabilidad de toda persona física o jurídica por la buena ejecución de sus obligaciones contractuales, tanto si las debe prestar por sí misma como a través de otros prestadores de servicios, sin perjuicio de las correspondientes acciones de regreso. La jurisprudencia ha entendido que el consumidor puede exigir responsabilidades contra el vendedor del paquete de viaje (detallista) o contra el organizador (mayorista). La *ley noruega de 1995* establece que el detallista es responsable frente al consumidor por cualquier reclamación que pueda surgir contra el organizador, sin perjuicio, asimismo, de las acciones de regreso.

De este panorama puede deducirse que no existe una única interpretación del artículo 5 de la *Directiva 90/314/CEE* y que el propósito expresado en su Exposición de motivos de unificar el sistema europeo ha fallado por completo, al no establecer claramente el artículo 5 transcrito si la responsabilidad de dichos sujetos de la relación con el consumidor/viajero en los viajes combinados debe ser solidaria o mancomunada. En definitiva, el artículo 5 de la *Directiva* deja abierta la vía para que cada estado miembro solucione como crea más conveniente esta cuestión, que es lo que ha ocurrido en realidad.

CUARTO. *La regulación española en la ley 21/1995.*

La situación española debe partir del artículo 11 de la ley 21/1995, de 6 julio, *Reguladora de los Viajes combinados*, que traspone la Directiva 90/314/CEE. Dicho artículo, en vigor hasta el Texto refundido de la *Ley de Consumidores, DLegis. 1/2007, de 16 noviembre*, establecía, en lo que aquí interesa, "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".

Dejando de momento la jurisprudencia de esta Sala, hay que poner de relieve que las Audiencias Provinciales han aplicado mayoritariamente la regla de la solidaridad, aunque ha habido un número importante de sentencias que se han inclinado por la delimitación de las responsabilidades frente al consumidor en función del ámbito respectivo de la gestión del viaje.

La jurisprudencia de esta Sala ha optado por la regla de la solidaridad, aunque las sentencias donde se aplica han sido pronunciadas sobre hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de la *Ley 21/1995*. Así ocurre en las sentencias de 23 julio 2001, 11 octubre 2005, 2 febrero 2006; la sentencia de 21 marzo 2006 dice que de las normas que cita, "[...] resulte de todo punto inadmisibles presentar la relación hotelero-mayorista (organizador) -minorista (detallista)- cliente (usuario final) como totalmente compartimentada o estanca, pues ante una situación de emergencia como la provocada por la quiebra de la mayorista la atención a los usuarios finales en destino o con reservas confirmadas hacía necesaria la relación entre minoristas y empresas hoteleras, 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". Debe observarse que el caso decidido se trataba de un supuesto de quiebra de la organizadora, no de daños ocasionados por un accidente. A pesar de todo, la regla mayoritariamente aplicada por la jurisprudencia española es la de la responsabilidad solidaria de los que intervienen en los viajes combinados.

Aunque 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.

QUINTO. *Los argumentos a favor de la solidaridad.*

Los razonamientos que justificaron en su día la configuración de la responsabilidad como solidaria han sido los siguientes:

a) que existe un mandato entre mayorista y minorista o agencia. Se habla de que en algunos casos se produce una representación indirecta. Esta tesis ha sido rechazada por la sentencia de esta Sala de 23 julio 2001, cuando afirma que "El art. 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 «aquellas 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 art. 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".

b) Que hay responsabilidad por el uso de terceros auxiliares en el cumplimiento del contrato. Sin embargo, no se puede afirmar como regla general que quien debe responder es el mayorista porque utiliza a las agencias minoristas, ya que la agencia funciona como tal y asume su propio riesgo y por ello no es un auxiliar del mayorista.

c) Que la solidaridad tiene como finalidad la protección del consumidor. Efectivamente esta es la razón de la propia Directiva 90/314/CEE, cuando en su Exposición de motivos dice que "Considerando que la letra b) del punto 36 del Anexo de la Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea sobre la política de protección e información del consumidor invita a la Comisión a estudiar, entre otras cosas, el tema del turismo y a presentar, en su caso, las oportunas propuestas, teniendo en cuenta su incidencia en la protección del consumidor y los efectos de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros sobre el buen funcionamiento del mercado común" y añade que "el consumidor debe beneficiarse de la protección que establece la presente Directiva, ya sea parte en el contrato, cesionario o miembro de un grupo en cuyo nombre otra persona haya celebrado un contrato relativo a un viaje combinado".

d) Finalmente, la solidaridad se defiende diciendo que tienen obligación de responder los que se benefician con el precio pagado.

Los razonamientos expuestos hasta aquí obligan a esta Sala a confirmar la jurisprudencia que, en casos anteriores a la ley 21/1995 había considerado solidaria la responsabilidad del mayorista y del minorista/agente de viajes por los daños causados en el desarrollo del viaje combinado. A las razones ya expresadas, se debe añadir que:

a) la normativa sobre protección de consumidores y usuarios establece en 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 establecía que "si en la producción del daño concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados", el artículo 7 de la ley 22/1994, de 6 julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (repetido en el artículo 132 del Texto refundido) establece que "las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente". 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.

b) El segundo argumento consiste en que la confianza del consumidor se centra en la persona o sociedad con quien contrata, que es el minorista y prácticamente nunca con el mayorista. Este es un nuevo argumento que va a favorecer la protección del consumidor, que es lo que se trata de obtener con las normas que establecen la responsabilidad solidaria por los daños causados en un viaje combinado. De este modo resulta lógico que el minorista responda frente al consumidor y para no dejarle desamparado, la regla de la solidaridad le va a permitir repetir contra el mayorista.

c) La finalidad de la Directiva, como ya se ha expresado es la protección del consumidor y éste en las Directivas que establecen regulaciones especiales para determinados contratos, excepto en la de Viajes combinados, goza de la garantía expresa de la solidaridad, lo que no impide que las responsables condenadas puedan ejercitar las correspondientes acciones de regreso contra quien haya causado verdaderamente el daño o parte del mismo.

SSEXTO. *Funciones de los agentes que intervienen en la relación de viaje combinado.*

El *Motivo cuarto* del recurso presentado por VIAJES BARCELÓ S.L. (que aparece como tercero), denuncia la infracción del *Art. 2, en sus apartados 2, 3 y 8, de la ley 21/1995*, que establece las definiciones de agencias mayoristas y minoristas con la descripción de sus funciones respectivas. El ámbito de actuación de la recurrente se limita a la intermediación entre mayorista y consumidor del producto elaborado por la mayorista, habiendo cumplido con las obligaciones determinadas en dicho artículo.

El motivo se desestima.

La razón de este motivo es la de reforzar lo expuesto en los anteriores relativo a la responsabilidad de los diferentes agentes que intervienen en los viajes combinados en orden a la distribución de la responsabilidad. Declarado que nos encontramos ante una responsabilidad solidaria, carece de sentido dedicar mayor atención a estudiar si fueron o no infringidas las normas que cita, ya que, en todo caso, la responsabilidad por los daños será solidaria.

SÉPTIMO. *Otras cuestiones.*

Deben rechazarse asimismo los motivos quinto, sexto y séptimo del recurso presentado por VIAJES BARCELÓ S.L. que se examinan en este Fundamento. El *Motivo quinto* (que aparece como cuarto en el recurso), denuncia la infracción del *Art. 1101 CC*. Considera la recurrente que no existe relación causal entre la conducta negligente y los daños producidos. La responsabilidad contractual podría tener la base en el contrato de viaje combinado y VIAJES BARCELÓ no firmó ningún contrato, porque el compromiso de la prestación de los servicios contenido en el viaje se llevó a cabo única y exclusivamente con el mayorista a través del bono de viaje. Por ello estima que no hay relación de causalidad con el incumplimiento de otros intervinientes en el viaje, de modo que la intermediación de la recurrente no es la causa directa del daño sufrido por los demandantes, sino que fue directamente irrogado por una supuesta negligencia de un conductor cuyos servicios no habían sido contratados por VIAJES BARCELÓ, que no organizaba, sino que vendía.

Respecto de este motivo debemos remitirnos a los argumentos que se han expuesto en los Fundamentos Tercero, Cuarto y Quinto de esta sentencia, que deben considerarse reproducidos aquí en lo que se refiere a la solidaridad. Respecto de la relación de causalidad, hay que rechazar el motivo, porque la recurrente está haciendo supuesto de la cuestión, al discutir la existencia o no de causalidad, aportando una interpretación distinta de los hechos que han sido considerados probados por la sentencia recurrida.

Las mismas razones deben servir para desestimar el *Motivo tercero* del recurso presentado por VIAJES EUROJET, S.A., donde se denuncia la infracción del *Art. 1101 CC*. Dice esta recurrente que para que se de la responsabilidad por incumplimiento, debe haber un nexo causal entre la conducta del agente y el resultado dañoso y es evidente que no se produce este nexo porque no realizó ninguna conducta negligente o dolosa ya que no entraba en sus obligaciones realizar ninguna actuación relativa al desarrollo del viaje. Actuó como intermediaria y ni contrató el autocar, ni pudo evitar el accidente. Para que se produzca la responsabilidad es necesario que el daño se haya producido por un cumplimiento defectuoso o un incumplimiento y este viaje se produjo dentro del área de gestión de la organizadora y no dentro del ámbito de gestión de la detallista.

En el *motivo sexto*, (que aparece como quinto), se denuncia la Infracción del *Art. 1254 CC, porque VIAJES BARCELÓ no se comprometió a prestar ningún servicio, siendo uno de ellos el que provocó el*

accidente. Este motivo se basa en una definición del contrato, que nadie ha discutido nunca que se hubiese celebrado, con la prestación pactada.

Finalmente, en el *motivo séptimo*, se señala la infracción del *Art. 1257 CC*, porque no se han tenido en cuenta las condiciones generales en que se exoneraba de la responsabilidad a cualquier agencia minorista; al formar parte las condiciones generales del contrato de viaje combinado y haberlo aceptado los usuarios demandantes les vinculan. La recurrente VIAJES BARCELÓ, S.L. está presentando en el recurso de casación y con criterios diferentes una cuestión que en la contestación a la demanda utilizó como excepción por falta de legitimación pasiva por la existencia de la cláusula de exoneración de responsabilidad, contenida en el folleto de viaje combinado. Dicha falta de legitimación fue rechazada por la Audiencia Provincial, que revocó en este punto la sentencia de 1ª Instancia, por lo que está introduciendo una cuestión nueva al no haberse planteado así en las instancias anteriores. En cualquier caso, el *artículo 10.1, c) de la Ley 26/1984, General* para la Defensa de Consumidores y Usuarios, vigente en el momento del accidente, establecía que el criterio de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones excluía "6º Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor y usuario [...]", por lo que no puede alegarse la pretendida falta de responsabilidad de VIAJES BARCELÓ, S.L. solo en base a esta cláusula.

OCTAVO. *La solidaridad.*

En el *Motivo cuarto* del recurso presentado por VIAJES EUROJET, S.A. se señala la infracción del *Art. 1137 CC* y la jurisprudencia que lo interpreta. Ante la inexistencia de unidad en las prestaciones de las deudoras frente al usuario, no puede constituirse una obligación solidaria. Porque, además, ni hay conexión interna ni identidad de prestaciones. El incumplimiento se produce durante el viaje y ello se encuentra en el ámbito de gestión de la mayorista.

El motivo se desestima.

Es doctrina de esta Sala, expresada en diversas sentencias, que la expresión del *artículo 1137 CC* que establece que solo habrá lugar a la solidaridad "cuando la obligación expresamente lo determine", se ha matizado, "sin que se exija con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad" (SSTS 17 octubre 1996, 29 junio 1998, 11 julio 2006), especialmente cuando concurre una comunidad de objetivos. Esta doctrina debe aplicarse a este caso, porque, además, no puede la recurrente imponer su propia interpretación de una norma, como es el *artículo 11 de la Ley 21/1995*, cuya interpretación ha sido largamente discutida. No puede decirse que se haya infringido el *artículo 1137 CC*, cuando la ley impone la solidaridad, aunque la poca claridad de la redacción haya producido las diferentes interpretaciones de las Audiencias Provinciales.

NOVENO. *Interés casacional.*

La recurrente VIAJES BARCELÓ, S.L. añade un último motivo de casación, sin numerar, por interés casacional, al amparo del *artículo 477, 2.3 LECiv*, por considerar que es necesario "atajar la contradicción que se viene produciendo entre las Audiencias Provinciales", aportándose las sentencias siguientes: Audiencia Provincial de Málaga de 1 junio 2004; Audiencia Provincial de Madrid, 23 abril 2004; Audiencia Provincial de Almería de 16 julio 2004; Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 febrero 2004; Audiencia Provincial de Madrid, de 14 octubre 2000 y 17 junio 2003 y Audiencia Provincial de Ciudad Real de 2 junio 2003.

En este mismo sentido se formula el *motivo quinto* del recurso de casación presentado por la recurrente VIAJES EUROJET, S.A. quien aporta las siguientes sentencias contradictorias: Audiencia Provincial de Zaragoza, de 22 julio 2003 y 20 febrero 2002; Audiencia Provincial de Girona, de 4 febrero 2004; Audiencia Provincial de Madrid, de 11 abril 2002; Castellón, de 1 junio 2002; Audiencia Provincial Barcelona, de 30 marzo 2002; Audiencia Provincial de Tarragona, de 23 octubre 2004, que se inclinan por la solidaridad. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, de 9 abril 1997, Audiencia Provincial de Barcelona de 20 septiembre 2002 y 14 marzo 2000; Audiencia Provincial de Badajoz, de 26 enero 1999; Audiencia Provincial de Burgos, de 17 mayo 2002; Audiencia Provincial de Vizcaya, de 28 febrero 2002 y Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 2 junio 2003.

Lo razonado en los motivos tercero, cuarto y quinto de esta sentencia justifica la necesidad de unificar la doctrina en torno a la interpretación del *artículo 11 de la Ley 21/1995, de Viajes* combinados. Procede declarar la doctrina siguiente: 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.

DÉCIMO. La desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de VIAJES BARCELÓ, S.L. determina la de su recurso de casación.

La desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de VIAJES EUROJET, S.A. determina la de su recurso de casación.

Se imponen a cada una de las recurrentes las costas de sus respectivos recursos de casación, de acuerdo con lo establecido en el *artículo 398.1 LEC/2000* , que se remite al *art. 394 LECiv* .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de VIAJES BARCELÓ, S.L. contra la sentencia de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de febrero de 2005 , en el rollo de apelación nº 60/05.

2º Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de VIAJES EUROJET, S.A. contra la sentencia de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 febrero 2005 , en el rollo de apelación nº 60/05.

3º. Confirmar con este alcance la sentencia recurrida

4º. Declarar como doctrina jurisprudencial que frente al consumidor, la responsabilidad del mayorista u organizador es solidaria con el minorista o agente de viajes, sin perjuicio de las acciones de regreso que existan entre ellos.

5º Imponer las costas de sus recursos de casación a cada una de las recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios** .-**Roman Garcia Varela** .- **Xavier O'Callaghan Muñoz** .- **Jesus Corbal Fernandez** .- **Francisco Marin Castan** .-**Jose Ramon Ferrandiz Gabriel** .- **Jose Antonio Seijas Quintana** .-**Antonio Salas Carceller** .- **Encarnacion Roca Trias** .- **Rubricado**. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.