

LA OFERTA PUBLICITARIA DE LOS VIAJES COMBINADOS (1)

por **Pilar de la Haza Díaz**

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Córdoba

Desde el punto de vista jurídico, la publicidad que ofrecen las agencias de viajes relativa a los viajes combinados suscita las cuestiones siguientes: en primer lugar, las obligaciones que impone la Ley 21/1995, reguladora de los viajes combinados, a dichas agencias en cuanto a los requisitos de contenido y forma de los folletos en que inserten la publicidad sobre los viajes que ofertan al público; en segundo lugar, de qué forma queda vinculada la agencia al contenido de sus programas o folletos publicitarios y, por último, dado que en los viajes combinados pueden estar implicadas dos agencias de viajes, la organizadora —encargada de programar el viaje, coordinando los distintos servicios que lo componen (transporte, hostelería...) y de venderlo por sí misma o por medio de un detallista— y la detallista —que tiene como actividad profesional el contacto directo con el consumidor y la venta u oferta del viaje confeccionado por la organizadora— se hace necesario asimismo concretar cuál de estas dos agencias responde ante el consumidor y en qué circunstancias debe responder.

A. REQUISITOS DE LA OFERTA

B.

Como contrapartida a la desaparición en la contratación en masa de los tratos preliminares y de las negociaciones previas, en la regulación de los contratos de consumo, y el de viajes combinados lo es, se produce una juridificación de la fase precontractual, a través de la imposición a la agencia de viajes, predisponente de la oferta, de unos exhaustivos y complejos deberes de información a la parte que simplemente se adhiere al contrato. Esta tendencia se plasma exactamente en el art. 3 LCVC, en el cual, al regular el «Programa y oferta del viaje combinado», el legislador impone una obligación básica a la agencia: poner a disposición del consumidor-turista un programa o folleto publicitario, instrumento de información de la oferta al consumidor en esta fase previa al contrato.

Este deber de informar, como es normal, se produce mediante la publicidad que la agencia realiza sobre el viaje programado, y la juridificación de esta fase se traduce en un control de dicha publicidad, a través de la aplicación de las normas que regulan esta materia, con la finalidad de que, como exige el art. 3.1. LCVC, la información que llega al cliente sea clara y precisa (2). En este contexto, el precepto impone a la agencia las siguientes obligaciones: 1.º) Que ponga a disposición del cliente un folleto publicitario escrito del viaje que éste pretende realizar; 2.º) Que dicho folleto contenga la oferta contractual; 3.º) Que la información incluida en él sea clara y precisa; y 4.º) Que informe sobre los elementos del viaje que el propio precepto enumera (3).

1. Que el folleto publicitario esté a disposición del cliente y sea escrito.

Esta doble exigencia implica la posibilidad de que el cliente pueda acceder al programa de viaje, mediante unos folletos (que normalmente son escritos) confeccionados por la agencia anunciante del mismo y que en la práctica están dispuestos en su propio establecimiento abierto al público, para que éste, si así lo desea, pueda informarse de los viajes programados u ofertados por dicha agencia.

(1) La Ley 21/1995 de 6 de julio regula los contratos de viajes combinados, esto es, los llamados «todo incluido», los cuales se caracterizan porque el consumidor-turista contrata con la agencia de viajes por un precio global dos o más servicios turísticos combinados o coordinados entre sí como si fuesen un todo unitario. Según el art. 2.1 de la citada Ley, se entenderá por viaje combinado: «la combinación de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia: a) transporte, b) alojamiento, c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o alojamiento y que constituya una parte significativa del viaje».

(2) PASCUAU LIANO: Comentario al art. 8 LGPCU. Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Coordina dos por R. Bercovitz y J. Salas. Civitas, Madrid 1992, p. 143 «Desde el punto de vista de la tutela del consumidor, el control de la publicidad ha de ponerse en relación con el derecho a la información veraz y objetiva sobre los productos y servicios que se le ofrecen en el mercado».

(3) El art. 3.1 LCVC establece que «El detallista o, en su caso el organizador, deberá poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara y precisa información sobre los siguientes extremos...».

El cumplimiento por parte de la agencia de este elemento de su deber de información al consumidor no suele plantearle ningún problema, ya que poner a disposición del público unos folletos publicitarios entra de lleno en su esfera de interés empresarial, al tener éstos la finalidad de persuadir o incitar a los consumidores a adquirir el producto anunciado; la jurifidación o el control para la protección de los clientes se centra, pues, no tanto en obligar a la agencia a tener folletos informativos de los viajes que ofrece, sino en la fijación del contenido de los mismos.

El art. 3.1 LCVC establece que el programa o folleto informativo en que se contenga la oferta contractual ha de ser escrito; siendo ésta la fórmula publicitaria normal; por ello, creo que ha de entenderse este requisito de una forma un tanto matizada: la publicidad realizada a través de folletos, por definición es escrita, pero en la actualidad existen otros medios publicitarios (radio, televisión...), a través de los cuales se puede ofertar un viaje sin que el consumidor llegue a poseer un documento en el que se especifiquen las condiciones que han sido anunciadas; lo que significa que, si llega a contratar el viaje, no tiene prueba de la diferencia entre el viaje realmente realizado y lo que en su día le ofreció la agencia de viajes; el mismo supuesto se puede plantear si la agencia anuncia los viajes que ofrece al público mediante carteles expuestos en sus establecimientos abiertos al público.

Por tanto, para que el requisito de la forma sea coherente con la finalidad del precepto es necesario entender que lo que éste está exigiendo en realidad es que el consumidor tenga en su poder y por escrito las condiciones en que la agencia le ofrece el viaje; siendo, pues, la finalidad de este requisito dotar al consumidor de una formalidad ad probationem, si la publicidad ha sido por medios de difusión no escritos o escritos, pero públicos (periódicos, revistas...), el requisito de la forma escrita posibilita al consumidor el derecho a exigir a la agencia que le entregue a él las condiciones del viaje ofertadas, a fin de gozar de un medio de prueba fácil y documentado (4).

2. Que el folleto publicitario contenga la oferta contractual.

La Ley 21/1995 reguladora de los viajes combinados, ha optado por una fórmula de control de la publicidad protectora (5) para el consumidor al establecer, desde distintas perspectivas, que la publicidad es el vehículo a través del cual la agencia de viajes ha de realizar la oferta contractual (6); esta fórmula, es la plasmación del criterio que supera claramente la tradicional idea, tantas veces repetida, de la irrelevancia comercial de la publicidad; esto es, en el caso de que los folletos o programas publicitarios contengan los elementos esenciales del contrato, a cuya inclusión está obligada la agencia de viajes, en el mismo art. 3.2., de forma que se pueda concluir el contrato, sin necesidad de declaración posterior —art. 1262 CC— éstos se considerarán jurídicamente como la oferta contractual y, en consecuencia, vinculante para el oferente-agencia, al ser aceptada por el consumidor-destinatario, según preceptúa el art. 3.2. LCVC.

(4) Suele ser normal que las agencias entreguen los folletos publicitarios a cualquier persona que entre en sus establecimientos interesándose por los viajes, si el viaje elegido por el consumidor sólo ha tenido esta publicidad o si la publicidad por otros medios —prensa, radio televisión — coincide con el contenido del folleto, al cliente le bastará que se le entregue este, pero si lo ofertado por otros medios publicitarios difiere del folleto que obra en su poder, tendrá derecho a que las diferencias consten, como añadido a su oferta o en el propio contrato

(5) El precedente del art 3 LCVC, el art 3 de la Directiva 90/314, hace referencia a la información precontractual y a la publicidad, pero de forma bastante mas deshilvanada que la Ley española, por dos razones en primer lugar, porque, no la impone como obligación para la agencia y, en segundo lugar, porque permite que la empresa utilice cualquier instrumento para que esta se lleve a cabo, en efecto, después de exigir, en el art 3 1 que la descripción del viaje que se haga al consumidor, no contenga indicaciones engañosas, establece el contenido mínimo del folleto publicitario, en el caso de que este exista, sin exigir, además, que dicho folleto contenga la oferta contractual, de todas maneras, dada la regulación que hace el propio art 3 de la Directiva 90/314, sobre el contenido mínimo del folleto publicitario de los viajes combinados, que incluye referencia a los elementos esenciales, puede servir este como oferta contractual.

(6) Que comienzan a finales de los años setenta STS de 27 de enero de 1977, estima como oferta contractual el contenido de unos folletos publicitarios Entre otros, LASARTE ALVAREZ «Sobre la integración del contrato la buena fe en la contratación» Revista de Derecho Privado 1980, pp 50 y ss, hasta llegar a su formulación genérica para los contratos de consumo en el art 8 LGPCU Sobre las distintas teorías que se han mantenido para dar relevancia comercial a la publicidad puede verse PASCUAU LIAÑO Comentario al art 8 LGPCU cit, pp 155 y ss, TORRES LANA «La integración de la publicidad en la oferta contractual turística» Turismo y Defensa de los Consumidores Jornadas Jurídicas Palma de Mallorca, 1991, p 78, opina que la oferta turística es una oferta contractual normal, vinculante como todas las ofertas al ser aceptada por el destinatario

(5)

3. Que la información puesta a disposición del consumidor sea clara y precisa

Con estos términos se concreta y especifica el principio de veracidad en la publicidad recogido en la normativa que regula esta materia, como actividad de las empresas, que se establece, con diferente terminología, como fórmula protectora del destinatario de la publicidad; así, el art. 8 LCU, por ejemplo, establece que la oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios «se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad».

Todos estos términos, así como el que utiliza la Ley reguladora de contratos de viajes combinados «claridad y precisión», concretando el principio de veracidad en la publicidad, es una labor que irá realizando la jurisprudencia (7), pero, a efectos de protección del consumidor de viajes combinados, se traduce, por una parte, en la obligación que se impone a la empresa anunciante de emitir la información de tal forma que el destinatario llegue a conocer, con la mayor exactitud posible, qué se le está ofreciendo y en qué condiciones puede acceder al viaje que se le ofrece, y, de otra parte, en la prohibición de que, con dicha publicidad, se le induzca a error, bien, porque se omite información sobre aspectos sustanciales del viaje, bien porque la información sobre cualquiera de los elementos del viaje no sea veraz (8); en este sentido hay que tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 3 a 8 LGP de 11 de noviembre de 1988, el primero de los cuales establece que la publicidad es ilícita cuando vulnere los derechos de la persona o los valores que ésta tiene reconocidos en la Constitución, cuando sea engañosa, desleal, subliminal o cuando vaya en contra de lo dispuesto en la normativa específica sobre publicidad de determinados bienes, productos o servicios (9).

4. Contenido mínimo del folleto informativo

El deber de informar en la fase precontractual tiene un contenido flexible, en razón de las condiciones del contrato y de los elementos que lo componen, más concretamente, en razón de su objeto y de las precisiones que haya que realizar para que se considere que éste ha quedado determinado; es decir, el comprador de una cosa específica no tiene por qué recibir una información precontractual en los mismos términos que un consumidor de un viaje combinado, éste habrá de recibir una información más detallada y prolija, al tener su contrato un objeto con un contenido tan complejo: diferentes servicios, a prestar en lugares y momentos diversos.

Hago esta precisión para evidenciar que el contenido concreto del deber de información en la etapa precontractual tiene la función de dar a conocer al destinatario el objeto que se le ofrece, así como sus cualidades esenciales, debiéndose delimitar esas cualidades que interesan al consumidor, no en razón de la mera descripción del objeto mismo, sino de la finalidad que el contratante espera y, en razón de la cual, realiza el contrato; traduciendo esta idea a la oferta del viaje combinado, quiere decir que, más que la descripción objetiva de los servicios concretos que se incluyen en el viaje, pueden interesar al consumidor otros datos, que objetivamente, no son esenciales para la determinación del objeto, pero que son los que van a mover al consumidor a celebrar o no el contrato o a hacerlo en condiciones diferentes.

(7) Por ejemplo, la SAP de Madrid de 7 de octubre de 1991, ha re suelto que « no existe publicidad engañosa cuando en el anuncio se utilizan letras de diferentes tamaños, al no existir precepto alguno que obligue al anunciante a sujetarse a unos esquemas determinados» o la STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 1992, en la que la claridad se traduce en imponer la obligación al anunciante de que la propoganda impresa de los apartamentos turísticos figure de forma que no induzca a confusión entre el precio del apartamento a alquilar y la de aquellos precios de otros servicios que sean opcionales para el cliente

(8) MUÑOZ MARTIN «La Directiva sobre viajes combinados y el Derecho español». Noticias de la Unión Europea, n ° 123, 1995, p 86, opina que los términos que utiliza la Directiva «veracidad, eficacia, utilidad, precisión, claridad» tienen como finalidad « evitar cualquier indicación que induzca o pueda inducir a error con ocasión de la difusión de la información sobre servicios turísticos».

(9) Según ACOSTA ESTÉVEZ Perfiles de la Ley General de Publicidad Madrid 1990, p 39 y ss , puede distinguirse la publicidad ilícita, en sentido estricto, regulada en el art 3 apartados a) y e) y art 8 LGP, que se produce en los supuestos de publicidad atentatoria de los derechos y valores constitucionales o cuando es contraria a las regulaciones especiales (publicidad de tabacos, alcoholes, medicamentos materiales técnico-sanitarios), la publicidad engañosa, arts. 4 y 5 LGP, es la que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, la publicidad desleal, art 6 LGP, que es la publicidad denigrante o contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles y la publicidad comparativa y, por ultimo, el art 7 regula la publicidad subliminal, esto es, la que tiene por finalidad transmitir al destinatario del mensaje la percepción de un determinado estímulo, sin que este tenga conciencia de él

Previendo esta complejidad, la ley es exhaustiva y exige que en el folleto publicitario se precisen los siguientes extremos (10):

- a) Destinos y medios de transporte, conmencción de sus características y clase.
- b) Duración, itinerario y calendario de viaje.
- c) Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación turística en aquellos países en que exista clasificación oficial.
- d) El número de comidas que se vayan a servir.
- e) La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y estancia.
- f) Precio del viaje combinado y precio estimado de las excursiones facultativas, el importe del porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el precio total y el calendario para el pago de la parte del precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso se oferten.
- g) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor en caso de anulación.
- h) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje.
- i) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado, así como, en su caso, representación legal en España.
- j) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje combinado.

B. EFECTOS DE LA PUBLICIDAD-OFERTA

Consecuente con la consideración del programa

0 folleto publicitario como oferta, el art. 3.2. de la Ley 21/95 establece que «La información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador o detallista del viaje combinado...». Este precepto plantea inmediatamente tres cuestiones:

- 1.a Si el programa-oferta será siempre vinculante, aún cuando no contenga información sobre todos los extremos detallados en el punto 1. del art.3 LCVC,
- 2.a Cuál de las dos agencias implicadas en el contrato, organizador o detallista, queda vinculada por la oferta, y, por último,
- 3.a Qué significa que la agencia de viajes queda vinculada por la información contenida en el programa-oferta y en qué circunstancias queda dispensada de dicha vinculación.

1. Folleto publicitario y oferta contractual

Es evidente que, cuando la agencia de viajes obedece lo preceptuado en el art. 3.1 LCVC y pone a disposición de su clientela un folleto publicitario con todos los requisitos que enumera el citado precepto, está realizando una verdadera oferta contractual y, aplicando las normas generales, art. 1262 CC, cuando recae aceptación del destinatario se perfecciona el contrato; pero la duda que suscita el citado precepto es si hay posibilidad de que, en algún caso, el folleto publicitario no pueda ser considerado técnicamente como oferta: por ejemplo, cuando, desobedeciendo la normativa vigente, no contenga información suficiente o cuando el propio anunciante excluya expresamente en el folleto la calificación del mismo como oferta negocial (11).

(10) Es importante además que la oferta de los viajes combinados sea lo más completa posible porque, aunque el art. 4 LCVC establece que el contenido del contrato sea tan prolijo como la oferta, en la práctica el único documento con el que cuenta el consumidor-turista es el folleto publicitario, pues cuando se celebra el contrato, la agencia se limita a entregarle el justificante de la entrega de parte del precio y poco más.

(11) PASCUAU LIAÑO: Comentario al art. 8 LCU... cit, p. 156 estima que no siempre la publicidad es oferta porque, 1.º, el anunciante no es siempre la misma persona que realiza el contrato, solo sería vinculante cuando vendedor o suministrador de servicios y anunciante fueran la misma persona; 2º cuando en el mensaje publicitario queden fuera algunos elementos esenciales del negocio.

1.1. Publicidad que no contiene suficiente información

El primer supuesto se puede producir en dos circunstancias diferentes, que dan lugar, cada una de ellas, a consecuencias diversas:

— Cuando el folleto publicitario no contenga información sobre cualquiera de los elementos esenciales del contrato, no podrá ser considerado como oferta contractual; no obstante, sí que puede tener el contenido publicitario del folleto incidencia jurídica: en la práctica, cuando una persona va a contratar un viaje combinado del cual no conoce el precio, aunque sí los demás extremos de los que informa el folleto publicitario, se dirigirá a la agencia y se informará sobre este elemento esencial; si tras esa nueva información, contrata con la agencia, la información contenida en el folleto se puede considerar que ha pasado a formar parte de la oferta contractual y vinculará a la agencia, de la misma manera que la vincula la publicidad una oferta completa (12).

— Puede suceder también que el folleto publicitario, aún conteniendo información sobre los elementos esenciales del contrato no aluda a todos los extremos que enumera el art. 3.1. LCVC; esta cuestión nos lleva directamente a la necesidad de precisar, en alguna forma, cuáles de estos extremos pueden ser considerados como elementos esenciales del contrato y cuáles no:

Los elementos del contrato de viaje combinado, art. 1261 CC, en relación con los arts. 1 y 2 LCVC, que pueden plantear alguna duda son, por una parte, el objeto, más concretamente en lo que se refiere al requisito de su determinación y, por otra, la forma, en cuanto que el art. 3.1. LCVC precisa que la oferta ha de constar por escrito.

(12) Esta opinión es la que debe mantenerse, porque defender la contraria, esto es, la que le quita toda relevancia negocial a la publicidad que omite datos esenciales, tendría la consecuencia de que la agencia, por este sencillo método de no incluir en la publicidad el precio del viaje, podría, a su arbitrio, dejar sin aplicación lo dispuesto en el art. 3 LCVC y más cuando es relativamente usual que en la publicidad de los viajes combinados las agencias aludan a precios económicos o interesante, a precios mínimos o a pagar en mensualidades de una determinada cantidad de dinero, sin concretar el precio final del viaje.

Respecto a la determinación de los dos objetos del contrato, precio y viaje, es de señalar que prácticamente todos los extremos a que hace referencia el art. 3 LCVC, como contenido obligatorio de la oferta, aluden de una u otra forma a este requisito, lo que puede interpretarse en el sentido de que, para que el folleto publicitario cumpla su misión de oferta contractual, ha de contener información detallada de todos y cada uno de los servicios y prestaciones que componen el viaje combinado, pues en caso contrario, no podría ser calificado como auténtica oferta; no creo que pueda mantenerse este criterio tan restrictivo por varias razones:

En primer lugar, porque las reglas generales sobre determinación del objeto que contiene el Código civil son amplias y permisivas, de forma que puede considerarse que un objeto cumple todos los requisitos precisos si es simplemente determinable, y si estas reglas permisivas están regulando el objeto del contrato, con mayor motivo pueden servir para determinar, en el momento de la oferta contractual, la información que debe darse sobre el objeto del mismo (13).

En segundo lugar, por la función o finalidad que pretende el art. 3 LCVC, que debe ser tenida en cuenta para ser interpretado; éste es un precepto que no se dirige propiamente a delimitar el contenido de la oferta contractual, sino a controlar la publicidad que realizan unas determinadas empresas —las agencias de viajes— en su labor de captación de clientela, por ello, aunque pudiera parecer lo contrario, el Legislador en el art. 3.1. LCVC no establece los requisitos que debe cumplir el objeto, para que pueda ser considerado como determinado o cierto, sino que regula unos mecanismos de control publicitario en beneficio del consumidor, a través de imponer a las empresas la obligación de dar información detallada de lo que este consumidor puede esperar del viaje que se le ofrece y no se llame a engaño respecto a la prestación de la agencia.

(13) Siempre que consten en el contrato los datos suficientes para que el objeto se determine, bien en la oferta o posteriormente en el contrato. A estos datos hace referencia, aunque de forma muy genérica también el art. 8 LCU según el cual la publicidad ha de dar información sobre la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad...de los productos o servicios que ofrece la empresa anunciante y que, de todas maneras será exigible por el consumidor, además de las condiciones ofrecidas, las prestaciones propias de cada producto o servicio, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. Puede verse en este sentido ALFARO AGUILA-REAL- Las condiciones generales de contratación. Madrid, 1991, p. 366.

Por tanto, cuando falte información sobre cualquiera de los extremos que legalmente deben constar en el folleto publicitario, pudiéndose considerar, sin embargo, que en tal folleto constan los elementos necesarios para que pueda ser considerado oferta contractual, porque se concretan sus elementos esenciales y porque contiene los datos necesarios para que el consumidor sepa qué está contratando, la agencia quedará vinculada en el sentido a que más tarde aludiré (14); de todas maneras, hay extremos incluidos en el art. 3.1 LCVC, cuya omisión no puede ser calificada de falta de uno de los elementos esenciales del contrato; con ánimo simplemente enunciativo: la indicación de la situación o categoría de los alojamientos que se van a utilizar, o su clasificación turística; o el número de comidas que se van a servir, o la información sobre los pasaportes o formalidades sanitarias o el calendario para pagar el precio aplazado... En definitiva, a efectos de determinar los requisitos del objeto esencial del contrato, hay que tener en cuenta que lo que la Ley plantea y persigue es la necesidad de una clara y precisa información puesta a disposición del consumidor para que libremente éste pueda adoptar una decisión válida sobre el servicio que se le ofrece.

1.2. La agencia excluye la consideración de la publicidad como oferta contractual

Si la agencia que edita el folleto publicitario manifestase en él que su contenido no puede ser considerado como una oferta contractual y si se concediese credibilidad a dicha manifestación, significaría que el anunciante puede, en el mismo folleto publicitario, realizar dos declaraciones contradictorias, por una parte, que ofrece un viaje de unas determinadas características, las del folleto, pero, por otra, que no se siente comprometido por ese ofrecimiento pues excluye expresamente su compromiso respecto del contenido del mismo; esto conduciría a una conclusión jurídicamente inadmisibles. En consecuencia, el art.

(14) Lo que no obsta para que, como se verá más adelante, la falta de información sobre los extremos a los que se refiere el precepto, sean éstos o no considerados elementos esenciales del contrato, genere responsabilidad para la agencia, bien sea precontractual, si no se realiza el viaje y la agencia causa daño o contractual si, durante el transcurso del viaje, el consumidor no recibe las prestaciones que se describen en la oferta publicitaria.

3.1 LCVC, sobrepasando lo dispuesto en el art. 8 LCU (15), establece que el programa o folleto informativo ha de contener información sobre los elementos esenciales del contrato, suficiente para que pueda tener la consideración de oferta contractual y que, si efectivamente la contiene será oferta contractual con independencia de la declaración del propio anunciante; esto es así, porque la calificación jurídica de una manifestación y las consecuencias que ésta produce no pueden quedar al arbitrio de una de las partes, en este caso, el oferente, por las expectativas que genera en la otra.

2. Vinculación de la agencia de viajes.

Como se ha visto, por una parte, existen supuestos en los que el folleto informativo del viaje puesto a disposición del cliente por la agencia pueda no ser considerado como oferta contractual, también existen casos en los que dicho folleto, aun cuando contenga los elementos necesarios para que sí pueda ser considerado como oferta comercial, omita información sobre alguno de los extremos sobre los que obligatoriamente debe recaer información y, por último, cabe también la posibilidad de que la agencia obedezca puntualmente lo dispuesto en el art. 3.1 LCVC e informe al cliente sobre todos los detalles del viaje. Ante cada uno de estos supuestos, la vinculación de la agencia existe, pero es de distinto carácter.

2.1. Vinculación de la agencia, cuando el folleto publicitario no pueda ser considerado oferta comercial

En este supuesto pueden ocurrir varias cosas: que el cliente sin precisar nada y sin pedir más información a la agencia, supuesto extraño y anormal, concluya el contrato con ésta, en cuyo caso estaríamos en presencia de un contrato nulo o anulable (16); que el cliente, tras informar se del elemento contractual que no figuraba en el folleto publicitario, no concluya el contrato de viaje combinado con la agencia; y por último, que después de dirigirse a la agencia e informarse de los elementos del viajes y de sus características, contrate con ésta.

(15) Que vincula al anunciante a la publicidad, oferta o promoción de sus productos o servicios, pero no por la vía directa de considerar los folletos publicitarios como oferta en todo caso, sino, por la de otorgar al consumidor el derecho a exigir al empresario que la prestación a la que está obligado se adecúe, no sólo a lo previsto en el documento contractual, sino también a la publicidad que realizó sobre la misma.

(16) Normalmente, por falta de determinación y de certeza sobre la prestación esencial de una de las partes: el precio que ha de pagar el consumidor por el viaje, pero también puede ser sobre cualquiera de los demás extremos a que se refiere el art.

3. 1 LCVC como la categoría del alojamiento o del transporte a utilizar...

En ninguno de los dos primeros supuestos —contrato nulo o anulable y ofrecimiento contractual no aceptado— puede hablarse propiamente de que la agencia queda vinculada por la oferta negociada, pues en el primer caso hay que aplicar las reglas sobre las consecuencias de la nulidad y en el segundo se produce la caducidad de la oferta, cuando es rechazada por el destinatario de la misma; todo lo más, si el cliente demuestra que la actuación de la agencia le ha causado algún perjuicio podrá pedir su reparación (17), siendo en todo caso la responsabilidad de la agencia extracontractual. De todas maneras, aplicando las normas generales, puede concluirse que difícilmente el consumidor podrá obtener reparación de la agencia, puesto que el deber de informar de ésta queda limitado o matizado por la diligencia de la otra parte; sólo sería posible tal reparación o al menos más fácil, en los casos en que se demostrara que la agencia actuó dolosamente (18).

(17) Sera difícil al cliente probar que la agencia le ha causado algún perjuicio cuando simplemente, al informarse de los elementos esenciales del contrato, no acepte el ofrecimiento de aquélla, pero en el hipotético supuesto de que contrate sin haber convenido previamente con la agencia cualquiera de los elementos esenciales —será probablemente un contrato anulable por error— si tiene más posibilidades de probar que la ineficacia del contrato le ha supuesto algún perjuicio, provocado además por el hecho de que la empresa anunciante del viaje ha omitido en el folleto publicitario la información a que está obligada.

(18) MORALES MORENO «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa» Anuario de Derecho civil 1982, p. 634, opina también que el deber de informar, del vendedor en su caso, queda limitado por la diligencia de la otra parte, de todas formas el vendedor responde, aún en caso de actitud negligente del comprador, si el actuó dolosamente, entiende que el dolo se produce cuando el vendedor « Intente, de modo consciente y voluntario engañar al comprador La intención que tenga el sujeto al engañar es en cierto modo indiferente»

(19) Será necesario y podrá el consumidor exigir que esa información suplementaria conste por escrito, pues será oferta, de la misma manera que la contenida en el folleto publicitario y podrá pedir que se cumpla lo en ella ofertado por la agencia, pues la oferta integra el contenido contractual

En el tercer supuesto —cuando el folleto no contiene información sobre todos los extremos requeridos, pero el consumidor recibe posteriormente la necesaria información suplementaria (19)— ya he dicho que el contenido del folleto vinculará a la agencia, como si desde el primer momento hubiera contenido la oferta contractual.

2.2. Vinculación de la Agencia a su oferta.

Según el art. 3.2 «La información contenida en el programa-oferta será vinculante para el organizador o detallista del viaje combinado, salvo cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- a) Que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta.
- b) Que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes».

El precepto transcrito plantea dos cuestiones en orden a su interpretación: en primer lugar, en qué consiste la vinculación de la agencia a lo ofertado y, en segundo lugar, en qué supuestos queda exonerada, justificadamente, de esta vinculación.

2.2.1. Significado de la vinculación:

Interpretando literalmente el precepto, se deduce que, cuando establece que la oferta es vinculante para la agencia, está, por una parte, excluyendo toda posibilidad de que la agencia oferente la modifique unilateralmente y, por otra, le está imponiendo la obligación de mantenerla vigente en la fase precontractual, una vez que ha sido conocida por sus destinatarios. En este sentido, pues, el art. 3.2 LCVC sigue las reglas generales; pero profundizando en esta interpretación, se pone de manifiesto que ésta es la clase de vinculación que se produce en la fase precontractual y la oferta, como se sabe trasciende jurídicamente esta fase para vincular al oferente en la fase contractual; en esta fase, tras la firma del contrato por el consumidor, la vinculación de la agencia respecto de la oferta que realizó significa que dicho consumidor puede exigir las prestaciones ofertadas, si las estipuladas en el contrato son menos favorables, porque, aplicando el art. 8 LCU, y teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial sobre el valor de la oferta publicitaria, lo ofrecido por la agencia en su publicidad, heterointegra el contenido de la reglamentación contractual (20).

2.2.2. Causas por las cuales la agencia puede desvincularse de su oferta

A efectos prácticos, la desvinculación de la agencia respecto de la oferta que realizó en su momento, significa la posibilidad de modificar —total o parcialmente— las condiciones del viaje ofrecido, lo que tiene la consecuencia de que el consumidor, cuando celebre el contrato no puede exigir las condiciones que le fueron ofrecidas originariamente. Las fórmulas que establece el art. 3.2. LCVC (21), a través de las cuales la agencia puede modificar su oferta, siguen las reglas generales: que el oferente —agencia de viajes— ponga en conocimiento del consumidor las nuevas condiciones o que se produzca un nuevo acuerdo entre las partes; de todas formas, la poco clara redacción del precepto, transcrito más arriba, hace necesario precisar sus términos.

(20) En este sentido PASCUAU LIAÑO Comentarios al art 8 LCU cit, p 165, FONT GALÁN «Integración publicitaria del contrato un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa» Cuader nos de Derecho y Comercio, núm. 4 diciembre 1988, pp 34 y ss, LASARTE ALVAREZ «Sobre la integración del contrato la buena fe en la contratación » cit, pp 50 y ss , TORRES LANA «La integración de la publicidad » cit, p 79

(21) El art 3 LCVC sólo alude a la posibilidad que tiene la agencia de modificar su oferta, no a la posibilidad de retirarla del mercado, no obstante te creo que las formulas para ambos supuestos deben ser las mismas, si hay que añadir a lo dicho en el art 3 2 LCVC que, aunque la Ley no lo prevea, la agencia puede ofertar un viaje con un plazo de caducidad pre determinado en el folleto o programa publicitario, en cuyo caso, llegado el plazo, la oferta se extingue sin necesidad de ninguna manifestación por parte de la agencia, además, el art 3 2 LCVC alude a «circunstancias» que han de concurrir para que la Agencia quede desvinculada de su oferta, pero no son circunstancias que han de producirse, sino nuevas convenciones de los implicados oferente y consumidor interesado en el viaje, las que justifican las modificaciones de la oferta

a) «Que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de mención en el programa oferta».

El momento al que se refiere es «antes del contrato», es decir, aún no existe vínculo entre agencia y consumidor, aunque sí existe ya una oferta publicada que ha podido generar expectativas, incluso es posible que hayan existido conversaciones entre las partes, a los efectos de aplicación del precepto, el único dato a tener en cuenta es que no exista contrato entre las partes; hasta ese momento, la agencia puede modificar su oferta si se dan dos condiciones:

1 .a— que se haya reservado en el programa o folleto publicitario la posibilidad de modificar la oferta, con indicación o sin ella de las circunstancias concretas que pueden justificar dicha modificación.

2.a— que la modificación de la oferta se le haya comunicado al consumidor, individualmente si ya se ha puesto en comunicación con la agencia, aún cuando no se haya celebrado el contrato, o colectivamente, pues puede cumplirse este requisito al publicar la agencia otro folleto, con la misma publicidad y difusión que el anterior, modificando lo ofertado con anterioridad.

b) «Que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes». Este precepto induce a la perplejidad porque, puesto en relación con el apartado anterior, ese «posteriormente» sólo puede hacer referencia al momento posterior a la celebración del contrato, lo que lleva a concluir que se trata de la modificación de la oferta, cuando ya no es oferta, al haber desaparecido ésta y ser sustituida por la existencia de un contrato o acuerdo de las dos partes; pero es que además, y para más confusión, el art. 8 LCVC regula la misma materia «Modificación del contrato». Creo que la única explicación que puede darse es que se trata de un precepto inútil por dos razones: en primer lugar, porque si ya existe contrato —que ha de ser escrito, conforme al art. 4 LCVC—, no hay más posibilidad de modificarlo que mediante un nuevo acuerdo, también escrito; se trata de una convención novatoria o modificativa del acuerdo anterior y, en segundo lugar, porque, como he dicho, la modificación de los contratos de viajes combinados ya están regulados en el art. 8 LCVC, en el que, además de regular las causas por las cuales la agencia puede modificar el contrato, establece las consecuencias que dicha modificación produce y los derechos que con este motivo nacen para el consumidor.

C. RESPONSABILIDAD DE LA AGENCIA DE VIAJES

Lógicamente en este apartado me interesa la determinación de la responsabilidad de la agencia por hechos que les son imputables y que se han producido, en cualquier momento, antes de la celebración del contrato; en este contexto, se plantean las siguientes cuestiones: en primer lugar, los supuestos más normales que pueden generar responsabilidad para la agencia y que clase de responsabilidad le generan; y, en segundo lugar, el sujeto responsable, esto es, si ante el consumidor responde el organizador o el detallista del viaje combinado.

1. Supuestos que pueden generar responsabilidad.

Los supuestos que en la fase previa a la celebración del contrato pueden generar responsabilidad para la agencia son los relativos o bien a una publicidad errónea o parcial o bien los provocados por una retirada injustificada de la oferta contractual (22); en todos estos supuestos, aún en los casos en que ni siquiera hayan existido conversaciones de las partes contratantes y, menos, tratos preliminares, puede surgir la responsabilidad de la agencia por la confianza que ésta haya suscitado entre los consumidores, debido a la publicidad que ha realizado de su producto.

(22) CARRASCO PERERA: Comentario al art. 1101 CC. Comentarios al Código civil y Compilaciones torales. Dirigidos por M. Albaladejo. T. XV, vol. 1.º, p. 428, comenta este autor como la responsabilidad in contrahendo se ha construido en cada país para solucionar problemas concretos, por ejemplo, en Alemania para determinar «la responsabilidad en que incurre quien impugna un contrato por error, la responsabilidad del mandatario sin poder y en la responsabilidad de quien provocó o pudo evitar la nulidad inicial de un contrato...» en España, por el contrario se tiende a identificar el problema de la culpa in contrahendo con el de la ruptura injustificada de los tratos preliminares.

(23) También cabe que la publicidad sea ilícita porque omita datos, supuesto poco probable que se de en la realidad en los viajes combinados, cuando el consumidor tiene derecho a ser informado de todos los pormenores del viaje, no sólo mediante la oferta, sino en el momento de la celebración del contrato, pero antes de la firma, después de la firma del contrato y antes de la salida del viaje; si la agencia incumple en todos estos momentos su deber de información se puede presumir que incurre en responsabilidad, matizada esta por la exigencia de una cierta diligencia por parte del consumidor.

En los casos de publicidad ilícita, entendida la ilicitud en sentido amplio, sólo tiene virtualidad si el consumidor, fiándose de lo ofertado por la agencia firma efectivamente el contrato (23); en este caso, puesto que la oferta forma parte del contrato y, por ello vincula a la agencia, ésta ha de responder frente al consumidor contractualmente; es decir, queda obligada a realizar a su favor la prestación tal y como quedó descrita en el documento contractual y en la oferta y, si no es así, el consumidor podrá ejercitar las acciones que derivan del incumplimiento total o defectuoso a que se refieren los arts. 10 y 11 LCVC (24).

En los casos de retirada injustificada de la oferta, la duda que se plantea es si la responsabilidad de la agencia es una responsabilidad precontractual o in contrahendo o si es una responsabilidad extracontractual, pues en el primer caso, el consumidor tendría derecho a que la agencia celebrase el contrato según lo ofrecido y, en el segundo, el consumidor tendrá derecho a una indemnización, siempre que demuestre que la actitud de la agencia le ha causado algún perjuicio. La primera opción plantea serias dificultades, porque como es sabido nuestro Código ignora la relación jurídica que se establece entre anunciante u oferente y consumidor como partes de una relación precontractual, por lo que, en todo caso, debe quedar claro que, en el caso de daño para el consumidor perjudicado por no poder llegar a concluir el contrato ofertado, éste puede pedir una indemnización a la agencia en virtud de una responsabilidad extracontractual —por acción u omisión dañosa— pero, en ningún caso puede exigir el cumplimiento de lo prometido antes de la firma del contrato.

2. Quién responde

Cuando en el contrato de viaje combinado intervengan organizador y detallista, se hace necesario concretar cuál de estas dos agencias responde frente al consumidor en la fase precontractual; en orden a esta concreción, hay que tener en cuenta los siguientes datos:

1.º— En qué ha consistido la actividad del detallista respecto al consumidor, más concretamente, si le ha vendido el viaje o si se ha limitado a ofrecérselo en venta.

2.º— En el caso de que la actividad del detallista se limite a ofrecer el viaje que es del organizador, el no es el vendedor o, más técnicamente, no es la contraparte del consumidor en el contrato de viaje combinado, sino que solamente actúa como anunciante u oferente del viaje, a fin de

(24) El primero aplicable antes del inicio del viaje y el segundo aplicable a los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso durante la realización de viaje combinado propiciar el contrato entre organizador y consumidor.

3.º— Si el detallista, por el contrario, no sólo ofrece el viaje sino que, además, lo vende, puede que los folletos publicitarios en los que se contiene la oferta contractual los redacte el organizador o que los confeccione él mismo; pero, aún en este segundo caso, que puede considerarse como el de máxima responsabilidad del detallista en esta fase del contrato, la información que incluya en los programas o folletos publicitarios es una información sobre extremos que desconoce directamente, ya que es evidente que la única empresa que conoce todos los datos concernientes al viaje combinado es la agencia organizadora; por tanto, incluso en este supuesto, el detallista dará la información que previamente le ha facilitado el organizador.

Poniendo todos estos datos en orden, puede concluirse lo siguiente:

a) Cuando el detallista actúe como mero anunciante del viaje y se deje constancia de manera «clara y precisa» en los folletos publicitarios que el oferente del contrato es el organizador del viaje, —es decir, se incluya en los folletos, no sólo la identificación del organizador, como ordena el art. 3.1. i) LCVC, sino también su cualidad de oferente del viaje— el ámbito de responsabilidad del detallista es más reducido, pues sólo responderá por los daños que le haya podido causar en cuanto a la información, oral o escrita, que le ha ofrecido en el establecimiento abierto al público al que ha acudido el consumidor y en el marco de la responsabilidad extracontractual (25).

b) Cuando el detallista actúe como vendedor del viaje, es decir como contraparte del consumidor y los daños a resarcir deriven de la omisión de datos contenida en el folleto publicitario o de que en este se incluya publicidad errónea o engañosa, o ilícita, en sentido amplio, habrá que distinguir, por una parte, quién es el responsable material y, por otra contra quien puede dirigirse el consumidor perjudicado por la publicidad; en orden a la primera cuestión, es necesario determinar previamente cuál de las dos agencias —organizadora o detallista— redactó los folletos y, en caso de que fueran obra de la detallista, será necesario precisar si ésta incluyó la publicidad ilícita por su propia iniciativa o por los datos que le había facilitado previamente el organizador, pues, en principio, será responsable de los daños contractuales o extracontractuales quien los causó.

Pero, en cuanto a la delimitación del responsable frente al consumidor o contra quién puede dirigir éste su petición indemnizatoria, será, en cualquier caso el detallista (26), cuando en el contrato de viaje combinado aparezca como oferente del viaje (27), con independencia de quién ha redactado realmente los folletos publicitarios del viaje o de quién haya sido el causante de la mala información que le ha perjudicado, porque éstos son extremos cuyo conocimiento y prueba quedan fuera del alcance del consumidor. Todo esto sin perjuicio de que, el detallista pueda ejercitar una acción de reembolso en contra del organizador que originó esa mala información, causante del daño (28).

(25) PASCUAU LIAÑO Comentario al art 8 LGPCU cit, p 156, opina que el mero anunciante, al no ser oferente, ni parte en el contrato no puede tener una responsabilidad contractual ni precontractual, no obstante, «la doctrina habla de un contacto social entre el productor-anunciante y el consumidor o adquirente final, operado precisamente a través de la publicidad, postulándose especialmente por la doctrina alemana el carácter negocial de ese contacto social, lo que justificaría por si solo la vinculación del anunciante, siendo el mensaje publicitario la oferta constitutiva de esa relación negocial perfeccionada con la aceptación del destinatario » En este caso, no obstante, estaríamos ante un contrato de mediación, en el que el detallista no interviene en la conclusión o perfección del contrato final, de viaje combinado Puede verse en este sentido SAP de Madrid de 6 de noviembre de 1995

(26) Puede verse en este sentido la SAP de Barcelona de 5 de octubre de 1995, en la cual el Tribunal hace responsable de los daños causados por productos defectuosos, a quien los ofreció al consumidor, porque no lo considera mero anunciante, sino contraparte del consumidor ya que « en el documento que se aporta como numero 1 se observa una clara oferta contractual sintácticamente hablando no nos ofrece duda alguna que el sentido epistolar de la oferta está efectuado por dicha empresa Es evidente que el único que remite catálogos y tarifas, siguiendo los deseos del consumidor es N T S A »

(27) Aunque el art 3 1 i) LCVC obliga a que en la oferta contractual aparezca el «Nombre y dirección del organizador del viaje combinado, así como, en su caso de su representante legal en España» y esta obligación ha de cumplirse sea quien sea la contraparte del consumidor, es decir, también rige cuando es el detallista el que aparece como vendedor del viaje

(28) Por aplicación analógica de lo dispuesto en el art 111 LCVC para solventar los sujetos de la responsabilidad contractual por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los servicios incluidos en el viaje combinado.

Colaboradores

PILAR DE LA HAZA DÍEZ

Es Profesora Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, interesada en materia de Derecho de Consumo, como muestran algunas de sus publicaciones: «La garantía de los productos en la Ley General para la protección de consumidores y usuarios». Curso sobre el Nuevo Derecho del consumidor. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1990, y la Monografía sobre «El contrato de viaje combinado. Responsabilidad de las Agencias de Viajes». Marcial Pons, Madrid, 1997.

FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ

Es Profesor Titular de Derecho Mercantil y del Seguro Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Autor de múltiples monografías, estudios y artículos en el ámbito del Derecho del Seguro Privado.

ENRIQUE BIGNÉ ALCAÑIZ

Es Diplomado en Investigación Operativa y en Investigación de Mercados, Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Valencia. En la actualidad es Catedrático de Comercialización e Investigación de Mercados de la Universitat Jaume I. Co-autor de tres libros sobre marketing y diversos capítulos de libros, nacionales e internacionales, así como publicaciones en revistas

nacionales e internacionales en temas relacionados con la publicidad, turismo y marketing internacional.

CARMELO E. MARÍN SÁNCHEZ

Es Diplomado en Ciencias Empresariales y Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Valencia, Profesor Asociado de Comercialización e Investigación de Mercados del Departamento de Dirección de Empresas (Administración y Marketing) de dicha Universidad. Desarrolla su actividad investigadora, entre otros, en temas relacionados con la orientación social del marketing y el origen doméstico de los productos como ventaja competitiva, sobre los que ha publicado artículos en revistas y ha participado como ponente en diversos congresos.

JAVIER GUILLÉN CARAMÉS

«Visiting Researcher» del European Law Research Center de la Universidad de Harvard. Becario del Real Colegio Complutense establecido en colaboración con la Universidad de Harvard. Desarrolla su actividad investigadora en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense en temas relacionados con el Derecho del Consumo.