El contrato de servicios turísticos. Su realidad en la jurisprudencia argentina reciente

Aída Kemelmajer de Carlucci

SUMARIO: I. *Objetivo y límites de estas líneas*. II. *El derecho comunitario. Necesidad de ratificarlo frente a un Mercosur olvidado por las autoridades nacionales*. III. *Sujetos*. IV. *La tipicidad jurídica: la Convención Internacional del Contrato de Viaje (CICV) de 1970, aprobada por ley 19.918/1972*. V. *Responsabilidad de los* agentes. *Últimas sentencias de la jurisprudencia argentina. Casuismo*. VI. *Una nueva visión: la directiva europea 90/134, del 13 de julio de 1990, reguladora del "paquete", o* forfait touristique, "*viaje todo incluido" o "viaje combinado*". VII. *Derecho del turismo y derecho de la libre competencia*. VIII. *Palabras finales*.

I. Objetivo y límites de estas líneas

El turismo se ha convertido en uno de los instrumentos de la posible recuperación económica de nuestro país. Así parece haberlo entendido el Congreso de la Nación al dictar la ley nacional de turismo 25.997 (*Boletín Oficial* del 7 de enero de 2005). Por lo tanto, para que la seguridad jurídica y, por ende, la previsibilidad, llegue a todos los sujetos que participan en esta actividad (en uno y otro extremo de la relación económica), es imprescindible tener en claro las múltiples y complejas relaciones que se generan en todas las ramas del derecho, principalmente el derecho constitucional, administrativo, civil, comercial, am-

Revista Latinoamericana de Derecho
Año III, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 97-128

biental,[1] fiscal,[2] internacional público y privado. También el derecho comunitario está especialmente interesado, pues los servicios turísticos requirieren libre circulación en la región integrada. Más aún, no faltan

[1] Las cuestiones ambientales vinculadas al turismo han llegado al Tribunal de Justicia de la Corte Europea. Se explica que así sea; en efecto, el artículo 2o., apartado 1, de la directiva 85/337 establece: "Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones". Además, el artículo 3o. de la directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres (DO L 206, p. 7), prevé la creación de una red ecológica europea de zonas especiales de conservación, denominada "Natura 2000", compuesta por los lugares que albergan los tipos de hábitat naturales. El artículo 6o. de esa directiva dispone: "Cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar". En general, el tribunal entiende que "las degradaciones de la calidad del agua que producen efectos adversos sobre los ecosistemas comprenden la degradación del color, del aspecto, del gusto, o del olor del agua, o a cualesquiera otros cambios que impidan o limiten los usos del agua, como el *turismo*, la pesca y la piscicultura, el marisqueo y la cría de moluscos, la extracción de agua potable o la refrigeración de las instalaciones industriales" (causa C-208/2002, resuelta el 23 de septiembre de 2004). En la causa C-117/2002, el 29 de abril de 2004, el gobierno portugués había sido acusado de no cumplir con estas normas al autorizar la localización del complejo turístico de Ponta do Abano en el Parque Natural de Sintra-Cascais. La Corte no condenó al Estado por razones formales y sustanciales. Constató que el procedimiento administrativo previo ante la Comisión acusadora no se había desarrollado en condiciones tales que hubiesen permitido aclarar rápidamente las imputaciones formuladas por la Comisión y las alegaciones expuestas en su defensa por la República Portuguesa, pero, además, entendió que las razones de Portugal eran suficientes para acreditar que el incumplimiento denunciado no era tal.

Llamativamente, en nuestro país se presentó un caso que guarda alguna similitud; en ese proceso se acogió un amparo ambiental interpuesto por vecinos que se quejaban de la construcción de un hotel en una zona reservada exclusivamente a residencias individuales (comp. C1a.CCom. de San Isidro, sala II, 11 de marzo de 2003, *elDial.com*, año VI, núm. 1, 27 de marzo de 2003).

[2] La función de "intermediar" tiene consecuencias en el orden fiscal. Así, por ejemplo, se ha resuelto que el agente de viajes tributa el impuesto municipal a los ingresos brutos sobre el valor de la comisión que percibe y no sobre el total del servicio turístico que vende (*cfr.* Posse Molina, Iván, *Las agencias de viajes y turismo con relación al impuesto municipal a los ingresos brutos*, en L. L. 1990-D-892). Recuerdo que la cuestión fiscal en torno a si la ciudad de Buenos Aires podía o no gravar con el impuesto a los ingresos brutos a las agencias de viajes fue ampliamente discutido; el debate se zan-

conexiones con el derecho internacional de los derechos humanos.[3] El propósito de estas líneas es muy modesto; me he propuesto tan sólo reseñar la reacción más reciente de los tribunales argentinos y comunitarios frente a los conflictos nacidos de la contratación de servicios turísticos. Lo haré siguiendo el mismo esquema de dos trabajos anteriores,[4] y desde la perspectiva más amplia del derecho de los consumi-

jó con la sentencia de la Corte Federal del 17 de marzo de 1983 recaída *in re* "Dodero Viajes c/Municipalidad de Buenos Aires", L. L. 1983-C-78, y del plenario de la CNCiv., de 29 de agosto de 1983, recaído *in re* "Holditur c/Municipalidad", L. L. 1983-D-214. Para el tema véase, entre otros, Spisso, *El plenario Holditur y su aplicación al transporte interjurisdiccional*, en L. L. 1984-B-830.

[3] Se señala que muchas leyes autonómicas españolas contemplan el derecho a la "intimidad" del turista frente a las agresiones acústicas que puedan perturbar el ejercicio de su derecho. En este sentido, el artículo 19 de la ley turística canaria dispone: "1. Todo usuario turístico tendrá derecho a la intimidad y tranquilidad. Queda prohibido en los lugares turísticos el uso de sistemas de promoción de venta agresivos, tales como la megafonía o la incitación personal en la calle. Asimismo se prohíbe todo tipo de publicidad que perturbe la tranquilidad de los usuarios turísticos. 2. En los núcleos turísticos, todas las actividades productoras de ruido y especialmente aquellas que utilicen equipos electrónicos de amplificación de sonido, se producirán en recintos adaptados para ello e insonorizados, para evitar que el ruido se proyecte al exterior" (citado por Bouazza Ariño, Omar, "Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 160, 2003, p. 175).

[4] Me he referido a este tema en mi artículo "El contrato de turismo", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 3: *Contratos modernos*, pp. 101 y ss.; también en "El contrato de turismo en la jurisprudencia de la última década", en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Benítez, Diego (coords.), *Turismo, derecho y economía regional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 9. Estas notas son una continuación de lo allí expuesto, sin perjuicio de algunas reiteraciones que resultan necesarias para la mejor comprensión de lo expresado. Consecuentemente, ruego al lector confrontar la bibliografía y jurisprudencia citada en ambos artículos. Para un análisis comparativo entre el ordenamiento argentino y el comunitario véase Annese, Iacopo y Dromi, Eduardo, *Técnicas de tutela y de protección del turista-consumidor en la actual legislación argentina y en la disciplina comunitaria de Europa concerniente a la adquisición de paquetes turísticos, en particular, la actual tendencia de la jurisprudencia italiana*, en E. D. 210-974. Durante el 2005, el contrato de turismo ha sido objeto de renovados esfuerzos por la doctrina nacional. Véase, especialmente, la obra en dos tomos de Tale, Camilo, *Contrato de viaje. Responsabilidad de las empresas de turismo por incumplimiento y por daños al viajero*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005. Aclaro que limito esta reseña a lo resuelto por los tribunales de naturaleza jurisdiccional; no menciono, en cambio, lo decidido por los tribunales arbitrales de consumo (*cfr.* Stiglitz, Gabriel, *Arbitraje de consumo y modificación del contrato por adhesión*, en L. L. 1999-D-558).

dores,[5] modo como se la analiza en los países europeos.[6] Estoy convencida de que éste es el modo de no dejar el tema anclado en el pasado, hoy que los servicios turísticos se ofrecen masivamente, incluso vía Internet.[7]

II. El derecho comunitario. Necesidad de ratificarlo frente a un Mercosur olvidado por las autoridades nacionales

El interés comunitario en la temática está claramente expuesto en los considerandos de diversas directivas europeas: si las normas que protegen al consumidor en los diversos Estados miembros presentan disparidades importantes, se perjudica una de las libertades básicas, cual es la libre circulación de los servicios, pues esas diferencias ejercen sobre los consumidores un poderoso efecto disuasorio cuando deben decidir la adquisición de servicios turísticos en otro Estado.

Apoyado en estos principios, hace ya más de una década, el 2 de febrero de 1989, en asunto 186/87, en el caso "Cowan c/Francia", el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó el derecho de un turista británico a una indemnización aunque no reunía los recaudos de nacionalidad y residencia impuestos por la legislación interna. Los hechos eran los siguientes: el señor Cowan, un inglés de visita en París, fue violentamente agredido y robado por desconocidos a la salida de una estación de subterráneo. Al no haberse identificado a los agresores, Cowan solicitó a una comisión especial existente en Francia para favorecer a las víctimas, una indemnización prevista en el Código Pro-

[5] Igual visión presenta el artículo de Schvartz, Liliana, "El contrato de viaje y turismo y el derecho del consumidor", en *elDial.com* del 2 de julio de 2004.

[6] Dejo fuera del comentario, por tanto, las decisiones relativas a los contratos celebrados entre empresas, regidos, esencialmente, por el principio de autonomía de la voluntad; por ejemplo, el contrato de reserva de plazas hoteleras (*cfr.* CNCom., sala B, 15 de diciembre de 1995, L. L. 1996-E-27, con nota de Barbieri, Pablo Carlos, *Los contratos de empresa y las pautas interpretativas de su atipicidad*); o el de provisión de entradas para eventos deportivos incluidas en los servicios turísticos (CNCom., sala C, 22 de octubre de 2004, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, núm. 11, 2004, p. 61, y *elDial.com* del 20 de noviembre de 2004).

[7] *Cfr.*, especialmente, Pendón Menéndez, Miguel A., "Viajes combinados", en Botana García, Gema (coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Buenos Aires, La Ley, pp. 881 y ss.

cesal Penal francés (artículo 706-3) a favor de aquellos que han sufrido grave daño corporal con secuelas y que no han podido obtener reparación por otros medios. La norma subordina el pago a una serie de requisitos, entre otros, poseer la nacionalidad francesa, o permiso de residencia francés, o existir un acuerdo internacional de reciprocidad con el país de la víctima. Francia sostenía que al no cumplirse esos recaudos, no estaba obligada a pagar al turista inglés. La cuestión planteada por el juez francés al Tribunal de Luxemburgo consistía en dilucidar si el principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad se opone a que un Estado miembro, en relación con personas que se encuentran en una situación regulada por el derecho comunitario, pueda subordinar la concesión de un derecho (una indemnización por agresión) a una serie de condiciones relacionadas con la residencia o la nacionalidad. El tribunal estimó que los turistas deben ser considerados como destinatarios de servicios, por lo que la actividad se encuentra regulada por el derecho comunitario y, consecuentemente, no debía discriminarse entre un nacional y un ciudadano de otro Estado comunitario.[8]

Con igual criterio se ha condenado a Italia por limitar a las personas de nacionalidad italiana mayores de 60 o 65 años el derecho a gozar de tarifas reducidas para ingresar a museos, monumentos, galerías, centros arqueológicos, jardines públicos, etcétera, y no extender esas ventajas a ciudadanos de la Unión Europea que cumplan iguales requisitos.[9]

Es necesario recordar que la regulación comunitaria se extiende, incluso, a ámbitos fiscales. En efecto, la sala 3a. del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia del 19 de febrero de 2002, declaró que la República Italiana:

[8] Véase el comentario de Valle Gálvez, Alejandro, *Jurisprudencia comunitaria. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 2-2-89, Asunto 186/87, I. W. Cowan y Trésor Public* (Turistas como destinatarios de servicios; derecho a indemnización en caso de agresión, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 15, 1988, p. 241).

[9] CJ, 16 de enero de 2003, C-388/01, "Commissione delle Comunità Europee c/Repubblica Italiana", *Corriere Giuridico*, 2003/4, p. 526. La parte resolutiva se transcribe en castellano en *Revista Unión Europea Aranzadi*, año XXX, núm. 4, abril de 2003, p. 65. España había sido condenada por una situación similar en decisión del 15 de marzo de 1994, no. C 45/93.

> incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 1o. del Reglamento 4055/86 del Consejo relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre los Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros, al mantener en vigor una tasa aplicable a los pasajeros que embarcan o desembarcan en los puertos de Génova, Nápoles y Trieste procedentes de puertos situados en otro Estado miembro o en un país tercero, o con destino a ellos, siendo que no percibe dicha tasa cuando el transporte se realiza entre dos puertos situados en el territorio nacional.

En el caso, no obstante que la norma comunitaria consagra "la libre prestación de servicios de transporte marítimo", la ley interna italiana había mantenido una tasa especial que gravaba a todos los pasajeros sobre embarque y desembarque en los mencionados puertos, cuyo importe variaba en función de los niveles de comodidad y del destino del viaje, pero que no debían pagar quienes circulaban sólo entre puertos italianos. Previo a la actuación del tribunal, la comisión emplazó a Italia, pero el país denunciado no respondió ni acreditó haber producido ninguna modificación legislativa; consecuentemente, el país fue sancionado por contrariar la norma comunitaria. Como se advierte fácilmente, esta decisión tiene importantes efectos en materia de turismo intracomunitario, pues significa que los turistas de los países que conforman la Unión no deben pagar tasas de puertos o aeropuertos si esas tasas no son pagadas por quienes se mueven exclusivamente dentro del territorio de ese país.[10]

Dentro de la misma tendencia, el 6 de febrero de 2003, en el asunto C-92/01, "Georgios Stylianakis", el tribunal resolvió que la norma comunitaria se opone a que un Estado adopte una medida que imponga para la mayoría de los vuelos con destino a otros Estados miembros una tasa aeroportuaria más elevada que la que se aplica a los vuelos interiores en ese Estado miembro, a menos que se demuestre que las tasas remuneran los servicios aeroportuarios necesarios para dar un trato adecuado a los pasajeros y que el costo de los servicios prestados a los pasajeros con destino a otros Estados miembros es superior en la

[10] Esta decisión y otras del tribunal que se citan a lo largo de esta nota se encuentran en la página Web del tribunal (*www.europa.eu.int*).

misma proporción al coste de los servicios necesarios para dar un trato adecuado a los pasajeros de los vuelos interiores.[11]

En la República Argentina, la problemática de las tasas aeroportuarias circula por otro andarivel, cual es el de la pesificación. Un juez federal de primera instancia hizo lugar a la acción deducida por una asociación de consumidores y declaró inconstitucional el decreto 577/2002 en cuanto dolariza la tasa de aeropuerto de vuelos internacionales por no haberse cumplido con el procedimiento previsto para la renegociación de contratos de servicios públicos.[12] La decisión fue confirmada por el tribunal de apelaciones.[13] No obstante, los argentinos seguimos pagando la tasa dolarizada. Al parecer, las turbulencias del proceso de privatización no han cesado.[14] En este clima, parece difícil luchar para que se entienda que la tasa de aeropuerto para viajar desde Buenos Aires a Paraguay no puede ser distinta que para viajar a Mendoza. Sin embargo, no hay que bajar los brazos; ventajas o beneficios de este tipo son los que el hombre común, el turista consumidor, debe recibir del Mercosur.

[11] *Revista Unión Europea Aranzadi*, mayo de 2003, pp. 41 y 42.

[12] Véase decisión del 19 de julio de 2002, D. J. 2002-3-514, con nota aprobatoria de Gil Domínguez, Andrés, *Tasas aeroportuarias y pesificación: un ejemplo de justicia constitucional activa y comprometida*.

[13] CNFed.CAdm., sala IV, 24 de septiembre de 2002, L. L. 2003-C-99.

[14] Para este tema y las sentencias de la Corte Federal que permitieron que el proceso continuara adelante, véase Canda, Fabián O., *Aeropuertos: un fallo con turbulencias. Intervención de superintendencia, legitimación procesal y control de los decretos de necesidad y urgencia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en E. D. 177-755; Quiroga Lavié, Humberto, *La sentencia de la Corte Suprema en la causa de los aeropuertos. Clave para entender el desequilibrio institucional de los argentinos*, en L. L. 1998-B-987; Bielsa, Rafael A. y Garber, Carlos, *Aeropuertos. Algo más que un caso difícil*, en L. L. 1999-A-110; Padilla, Miguel, *Los poderes implícitos del Poder Judicial*, en L. L. 1998-A-442; Bidart Campos, Germán, *Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional*, en L. L. 1998-B-287; Colautti, Carlos E., *El control sobre los decretos de necesidad y urgencia*, en L. L. 1998-B-1041; Barra, Rodolfo C., *Decretos de necesidad y urgencia. El caso "Rodríguez"*, en L. L. 1998-B-1362; Morello, Augusto M., *La destrucción del control difuso de constitucionalidad*, en J. A. 1998-I-161; Loñ, Félix, *¿Supralegalidad de los decretos de necesidad y urgencia?*, en J. A. 1998-I-168. Además del sonado caso "Rodríguez, Jorge, Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación", 17 de diciembre de 1997 (E. D. 176-17, L. L. 1997-F-879, J. A. 1998-I-147, D. J. 1998-I-464), la Corte Federal intervino en otras cautelares motivadas en el proceso de privatización (véase CSJN, 7 de marzo de 2000, L. L. 2001-C-265, D. J. 2001-2-107).

III. Sujetos

En los contratos de servicios turísticos aparece una serie interminable de personajes:

a) Por un lado, *el consumidor del servicio*.
b) Por el otro, *el profesional*. En este extremo se encuentran las agencias de turismo y los prestadores de servicios (transportadores, hoteleros,[15] dueños de restaurantes, centros deportivos, etcétera), organizados jurídicamente bajo las formas más diversas.[16]

Entre estos sujetos, los transportadores representan el sector más demandado ante los estrados tribunalicios. En efecto, las condenas a

[15] La responsabilidad del hotelero ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia interpretativa del artículo 1118 del Código Civil y de la obligación tácita de seguridad emanada del contrato respecto de la persona del pasajero. Obviamente, esa responsabilidad, de naturaleza objetiva, no impide la eximente de la culpa de la víctima, como lo muestra el caso resuelto el 11 de febrero de 2004 por la CNCiv., sala F, con voto preopinante de Eduardo Zannoni (E. D. 207-389 y *elDial* del 11 de marzo de 2004), que eximió al hotelero por la muerte producida a un huésped por un incendio, causado por el mismo, por un cigarrillo que permaneció encendido mientras dormía en la habitación, en estado de alcoholización. El tribunal afirmó, con toda razonabilidad, que "resulta sorprendente que se impute culpa al encargado porque, al advertir el estado de alcoholización de la víctima, la indujo a que se fuera a dormir en su habitación; por el contrario, es lo que suele aconsejarse a un alcoholizado; tampoco se entiende qué tiene de reprochable que si el pasajero subió a su habitación por sus propios medios y todos dormían en el hotel, el encargado se dirigiese a la suya a descansar, máxime que no está probado que la propagación del fuego se haya debido a un deficiente actuar del referido encargado".

En cambio, el hecho del tercero debe presentar los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor. En este sentido, la CCCom. 6a. Nom. de Córdoba, el 24 de junio de 2004, condenó al hotelero por el homicidio de uno de los huéspedes ocurrido dentro del hotel, toda vez que no había en las instalaciones sirena ni alarma, y el teléfono se encontraba descompuesto, en tanto ello pone de manifiesto el incumplimiento de la obligación de seguridad a su cargo, tornando previsible que los huéspedes pudieran ser objeto de daños en su vida o bienes por el obrar delictual de terceros (L. L. C. 2004-929, y *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VII, núm. 4, 2005, p. 32, con nota de Resalís, M. *et al.*, *Un aspecto particular de la obligación de seguridad*).

[16] En el país, esos servicios se han organizado, incluso, desde la forma de una cooperativa de servicios (véase la sentencia de la CNCiv., sala A, agosto de 2004, "Bourbon c/Residencias cooperativas de turismo s/Cumplimiento de contrato", en *elDial.com* del 30 de agosto de 2004).

las compañías aéreas por incumplimientos contractuales a los turistas aparecen cada vez con mayor frecuencia en los repertorios de jurisprudencia.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que si un viaje que debía durar menos de veinte horas demoró casi dos días (retrasos en el aeropuerto de salida, en el trasbordo que realizó la aeronave, y en el lugar de destino por el extravío temporario de equipaje), la aerolínea demandada no puede eximirse de responsabilidad, pues "la mera enunciación genérica de los posibles acontecimientos que pueden provocar dilaciones de este tipo de transporte, sin indicación precisa de qué episodio se trata y de qué modo influyó en esa situación, es inidónea a tal fin".[17] El tribunal reitera que el incumplimiento ha producido la privación del concepto más elemental de la libertad de elección, "cual es la decisión de cómo y dónde transcurrir el tiempo vital" (en el caso, se ordenó pagar a cada pasajero $1,200 en concepto de daño moral y $350 de gastos presumidos, ante la falta de prueba efectiva).

Con igual criterio se ha dicho que la demora en iniciar las vacaciones debe ser reparada en tanto el "tiempo perdido es pérdida de vida irrepetible, e incluso un menoscabo de la libertad personal". En cambio, dado que se trata de una responsabilidad contractual,

> ...a los fines de cuantificar la indemnización, no es meritable el interés de estar a determinada hora para una reunión familiar motivada por una ocasión especial (día del padre) si no consta que se ha anoticiado al demandado de la importancia que tenía para ellos dicha circunstancia, pues la frustración de tal evento constituye un daño que se conecta con un factor eventual y que no es consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento.[18]

La práctica del *overbooking*, tan frecuente en las transportadoras aéreas, ha sido objeto de nuevas decisiones judiciales. En tal sentido se ha resuelto:

[17] CNFed.CC., sala I, 4 de febrero de 2004, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, núm. 4, 2004, p. 55.

[18] CNFed.CC, sala II, 10 de diciembre de 2003, L. L. 2004-B-906, con nota de Compagnucci de Caso, Rubén, "Incumplimiento relativo contractual. Extensión del resarcimiento y daño moral", en E. D. 206-515 y *elDial.com* del 6 de febrero de 2004.

> Con frecuencia, el *overbooking* responde a un acto consciente del transportador, que integra una estrategia empresarial con consecuencias abusivas hacia el pasajero que tiene su reserva confirmada y ha organizado y planificado su vida en función de su viaje, en cuyo caso, el resarcimiento del daño moral, tratándose de un supuesto de responsabilidad contractual que se rige por el artículo 522, no resulta una consecuencia inexorable sino que depende, caso por caso, de la índole del hecho generador de la responsabilidad y de las concretas circunstancias. En el caso, el hecho de que los pasajeros esperaran seis horas en el aeropuerto antes de saber que no realizarían el viaje programado y regresaran a su casa con la promesa de ser transportados sin plazas confirmadas por dentro de cuatro días, unido a la angustia por la suerte de las reservas y de las excursiones convenidas, configuran perturbaciones anímicas que exceden de una mera incomodad transitoria y que deben ser indemnizadas.[19]

c) Entre ambos se ubican los *órganos estatales de control*.
d) Pero aquí no termina el listado. Las nuevas técnicas de venta han producido la aparición de otros personajes, entre ellos: el organizador de una tarjeta de crédito, las aseguradoras, los concesionarios de los aeropuertos, etcétera.

En este sentido, resulta sumamente interesante la decisión confirmatoria de una multa administrativa que resolvió:

> El ofrecimiento mediante publicidad de una promoción especial a los socios de una tarjeta de crédito, en el caso la contratación de un viaje turístico, configura infracción a la Ley de Defensa del Consumidor si la empresa encargada de prestar el servicio promocionado se presentó en concurso preventivo, habiendo omitido el emisor de la tarjeta realizar los controles y auditorías a los que se había obligado al suscribir el convenio con la concursada.[20]

En el caso, el consumidor relató al organismo administrativo los siguientes hechos: a raíz de una promoción especial para socios que Diners Club ofrecía, contrató un viaje de turismo con Sol Jet S. A.; pos-

[19] CNFed.CC, sala 1a., 31 de octubre de 2002, J. A. 2003-I-450. El tribunal liquidó el daño moral en $1,000.

[20] CNFed.CAdm., sala III, 23 de marzo de 2000, "Diners Club Argentina c/Secretaría de Comercio", D. J. 2001-1-475.

teriormente, esa empresa cesó en sus actividades y solicitó su concurso preventivo; por esa razón, envió una carta documento a Diners haciéndole saber que dejaba sin efecto la reserva de viaje; no obstante esa comunicación y numerosos reclamos posteriores, el organizador de la tarjeta de crédito le siguió debitando el viaje cargándoselo en su tarjeta. Diners Club fue sancionada por el organismo administrativo con estos argumentos, que la jurisdicción ratificó:

1) Diners ofreció y publicitó a sus clientes los servicios de un comercio determinado induciéndolos a la contratación; consecuentemente, otorgó una suerte de aval a dicho comercio, responsabilizándose frente al consumidor por la elección de la promoción.
2) La oferta se refería no sólo a la forma de pago, a un plan de pago en cuotas, sino a la prestación efectiva objeto del contrato, pues promocionó servicios que serían cumplidos por una empresa determinada, por ella elegida.
3) No informó a los asociados la extensión de la cláusula exonerativa de responsabilidad.
4) Las promociones exclusivas para socios de una determinada tarjeta de crédito difieren de la relación que se crea normalmente entre usuario y emisor de la tarjeta, y entre el usuario y el comercio en que realiza una compra o se contrata un servicio.

Aunque se trata de una resolución que confirma una sanción de naturaleza administrativa, pocas veces se encuentra en sede judicial una decisión tan protectora de los derechos del consumidor, pues lo cierto es que se impide a Diners debitar por tarjeta; consecuentemente, el consumidor ni siquiera tendrá que molestarse en demandar por restitución las cuotas aún no canceladas.

Los concesionarios aeroportuarios pueden llegar a ser responsables de los daños causados a los turistas por la demora en la salida de los aviones, motivada en hechos que pueden serles imputados. En este sentido se ha resuelto que

> ...corresponde responsabilizar al concesionario aeroportuario y a la Fuerza Aérea Argentina por los daños ocasionados al actor —en el caso, pérdida de reservas, cancelación de conexiones y la imposibilidad de presenciar un partido de fútbol— por la demora en la salida de un vuelo originada a raíz

> del incendio producido en la torre de control del aeropuerto, pues si bien el mantenimiento de las instalaciones afectadas por el siniestro se encuentra a cargo del concesionario, el Estado responde como propietario del predio en el que se encuentra el sector concesionado y por el daño derivado del riesgo o vicio de la cosa.

En el caso, el vuelo despegó al día siguiente al programado; la compañía aérea (Lufthansa) sostuvo que la dilación en el cumplimiento del contrato de transporte se originó en un acontecimiento de fuerza mayor (acto de la autoridad que le impidió salir). La concesionaria (Aeropuerto 2000) y el Estado nacional (Fuerza Aérea) se atribuían mutuamente la responsabilidad: la primera sostenía que el estado de los cables, causa del cortocircuito que provocó el incendio, no le era atribuible; por su parte, el Estado decía que al momento de producirse el accidente ya había entregado la guarda de ese lugar a la concesionaria. En definitiva, el tribunal liberó a la transportadora por el hecho del príncipe y condenó a los otros codemandados porque ninguno de los dos acreditó la eximente invocada.[21]

En una posición más restrictiva, se ha decidido que "los intermediarios entre las empresas de servicios turísticos y los usuarios —en el caso, el Instituto Provincial de Previsión Social, que había contratado con una agencia el alojamiento en un complejo turístico para sus afiliados— no son responsables por los daños ocasionados en la ejecución, salvo que se pruebe su dolo o culpa.[22]

IV. La tipicidad jurídica: la Convención Internacional del Contrato de Viaje (CICV) de 1970, aprobada por ley 19.918/1972

Es sabido que ni el Código Civil ni el Código de Comercio regularon el contrato de viaje.

[21] CNFed.CC, sala III, 28 de agosto de 2003, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, núm. 1, 2004, p. 101.

[22] CSJ de Tucumán, Sala Civil y Penal, 14 de octubre de 2003, L. L. NOA 2004-978; *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, núm. 5, 2004, p. 37, con nota de Silvestre Aimó, Norma Olga, *Responsabilidad de las agencias de viaje. Una oportunidad perdida*; en p. 1228 se reitera el sumario con nota de Echevesti, Carlos, *La responsabilidad del intermediario en contratos de turismo*.

De alguna manera, el vacío vino a ser llenado con la aprobación de la Convención Internacional del Contrato de Viaje. En mi opinión, se trata de un instrumento que no responde a las necesidades de los nuevos tiempos;[23] así parece entenderlo también la jurisprudencia nacional, si uno se atiene a los fallos que comentaré, después de recordar algunas nociones elementales de ese cuerpo normativo.

1. *Distinción básica: intermediario y organizador u operador*

La CICV no define el género "contrato de viaje", pero distingue dos especies: el contrato de *organización de viaje* y el contrato de *intermediación de viaje*.

El análisis de ambos tipos permite visualizar dos sectores del turismo de masa:

— Un sector denominado *productivo o industrial*, que comprende el contrato de *organización de viaje*.
— Un sector *distributivo o comercial*, que regula el contrato de *intermediación de viaje*.[24]

2. *Contrato de organización de viaje (el denominado sector productivo o industrial)*

A. *Concepto*

Se define el contrato de organización de viaje como aquel por el cual una persona (operador) se obliga, en su propio nombre, mediante un precio global, a prestar un conjunto de servicios combinados de transporte, alojamientos independientes del transporte, y otros servicios y operaciones similares.

[23] Para una visión diferente, véase Benítez, Diego, "Las agencias de viaje", en varios autores, *Turismo, derecho y economía regional*, *cit.*, nota 4, pp. 47 y ss.

[24] Algunos autores parecen compartir las soluciones que, en definitiva, no distinguen, haciendo responsable a la agencia en los mismos términos que al organizador (véase Sagarna, Fernando A., *Responsabilidad civil por el transporte terrestre de personas*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 202 y doctrina citada).

B. *La noción de incumplimiento. La gravedad*

En razón de la globalidad que unifica a todas las prestaciones individuales, la noción de incumplimiento exige algunas precisiones.

Se pueden verificar dos situaciones:

— Si el incumplimiento no incide de manera significativa respecto del programa de viaje, en principio, el resarcimiento está excluido porque el daño no es cuantificable; no es posible establecer su valor en el mercado ni el porcentaje que tiene la prestación incumplida; en estos casos, ni siquiera puede hablarse de incumplimiento parcial.
— Si el incumplimiento es de importancia en el contexto del viaje, se aplican los remedios previstos en el Código Civil, en especial la disminución del precio. El juez también puede disponer una indemnización equitativa, en la cual deberá tener siempre presente la peculiaridad del objeto del contrato turístico.

Determinar cuándo un incumplimiento es tan significativo que autorice a la otra parte a la resolución del contrato no siempre es fácil, tal como lo muestra la sentencia del 22 de abril de 2003 de la sala C de la Cámara Nacional de Comercio recaída *in re* "Porcel c/Viajes Futuro SRL".[25] En el caso, la empresa mayorista había vendido, además del pasaje aéreo, hoteles y otros servicios, las entradas para los tres primeros partidos de fútbol que Argentina debía jugar en el mundial realizado en Japón. El paquete había sido abonado por anticipado por el actor; sin embargo, al momento de la contratación el operador no tenía a su disposición las entradas, circunstancia que fue silenciada. Varios días antes del viaje, avisó al cliente, quien viajaría con su hijo adolescente, que tenía a su disposición las entradas de dos partidos, pero no del primero. Ante esta situación, el cliente decidió resolver el contrato imputando incumplimiento, circunstancia que la agencia aceptó devolviendo el dinero entregado. Con posterioridad, el consumidor del servicio turístico inició juicio por daños y perjuicios. Reclamó daño moral y también el doble de la suma entregada, sosteniendo que se

[25] Inédita.

trataba de una seña. El tribunal hizo lugar al daño moral (condenó al pago de $20,000, suma algo excesiva, en mi opinión), pero rechazó el reclamo del daño material con sólidos fundamentos:

a) La suma entregada no configuraba una seña.
b) Aun si lo hubiese sido, se trataría de seña confirmatoria y no penitencial, por tratarse de un contrato comercial.
c) No se había producido el arrepentimiento de la organizadora, sino que se había denunciado su incumplimiento.

C. *Tipos de responsabilidad*

Sobre el organizador pesa una responsabilidad limitada, con presunciones de culpa, de base finalmente subjetiva, pues se puede liberar acreditando su propia diligencia en la elección.

Se distinguen los siguientes supuestos:

— Incumplimiento de las obligaciones *de organización*: el operador responde de los actos y de las omisiones de sus dependientes y representantes cuando ellos actúan *en el ejercicio de sus funciones*, como si fuera por sus propios actos y omisiones, salvo que pruebe que ha actuado diligentemente (artículos 12 y 13 de la Convención).
— Incumplimiento de prestaciones inherentes a la *ejecución del viaje o estadía*. La responsabilidad del operador difiere según esas prestaciones hayan sido ejecutadas por el propio organizador o por terceros. A su vez, si han sido prestadas por terceros, debe distinguirse según los daños hayan sido causados en ejercicio o en ocasión de las funciones.

D. *Obligación de seguridad del organizador*

Con fundamento en el artículo 1198 del Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que existe en cabeza del organizador una obligación tácita de seguridad, según la cual el turista tiene derecho a volver a su lugar de residencia sano y salvo.

E. *Alcances de la obligación de seguridad del organizador. Hechos del coordinador y de terceros. Accidentes de tránsito*

En general, puede afirmarse que los alcances de la obligación de seguridad están siendo delimitados por la jurisprudencia con criterios bastante razonables, tal como lo muestran las sentencias que reseño a continuación.

Evidentemente, el artículo 15 de la ley 19.918 da base normativa para condenar a la empresa organizadora por los daños sufridos por el turista en un accidente ocurrido mientras era transportado en un ómnibus subcontratado por la organizadora. En el caso, el automotor en el que viajaba cayó al vacío al cruzar un puente durante una excursión. El tribunal decidió, con exacto fundamento legal, que esta responsabilidad se presume mientras no se pruebe que eligió diligentemente a la persona que realizó el servicio, extremo no producido en el expediente.[26]

En la misma línea argumental se ha decidido que más allá de la validez o nulidad de las cláusulas que lo eximen de responsabilidad por "pérdida, daño, accidente o irregularidad que pudiese ocurrir causados por terceros y ajenos al control de la organizadora", el organizador no queda liberado si el servicio durante el cual se produjo el daño era prestado por una subcontratista elegida por la empresa de turismo.

En suma, "la empresa de turismo organizadora de un viaje estudiantil, en carácter de prestador del servicio, es responsable por el daño sufrido por un pasajero con motivo de un accidente de tránsito protagonizado por la empresa de transportes subcontratada para realizar el traslado, pues existe un deber de seguridad a su cargo cuya trasgresión se presume a partir del daño". El precedente es interesante, pues las dos personas dañadas en el accidente de tránsito durante el regreso de una excursión viajaban como acompañantes de los estudiantes en un régimen que la jerga de las empresas turísticas denomina "pasajeros liberados" (es decir, no pagan si el grupo alcanza un número mínimo), y la empresa sostenía que ese piso no se había alcanzado.[27]

[26] CNCom., sala D, 5 de agosto de 2004, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, núm. 9, 2004, p. 79.

[27] CNCiv., sala I, 28 de noviembre de 2002, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año V, núm. 5, 2003, p. 61, con nota aprobatoria de Vázquez Ferreyra, Roberto, *Turismo, cláusulas abusivas y responsabilidad contractual indirecta*.

En igual tendencia se ha resuelto que

> ...aun cuando la contratación de turismo de aventura o expedición de cacería lleve a considerar las características de las actividades y el peligro implícito a fin de apreciar el riesgo asumido por el pasajero que participa de ellas, los organizadores no quedan liberados de adoptar las previsiones necesarias tendentes a evitar daños a las personas de los participantes de la expedición, por lo que también pesa sobre ellos la obligación tácita de seguridad de mantenerlos sanos y salvos durante el desarrollo de las actividades específicas [en el caso, la cacería se interrumpió por razones climáticas, y los actores sufrieron lesiones en un accidente protagonizado por un vehículo utilizado por la empresa organizadora de la expedición].[28]

Con fundamento en la culpa del dependiente se ha decidido que:

> ...es responsable la agencia de viajes por el fallecimiento de un menor que formaba parte de un contingente de estudiantes que contratara sus servicios para un viaje de estudios, toda vez que el coordinador del grupo, dependiente de aquélla, actuando por fuera de lo previsto, organizó y condujo a los menores a un club nocturno absolutamente inapropiado —en el caso, la víctima recibió disparos de arma de fuego a la salida de dicho lugar— desentendiéndose incluso de mantener la adecuada vigilancia en su interior, con lo cual aportó al acaecimiento del hecho una actitud negligente que expuso a los menores a un riesgo innecesario, sin que obste a tal conclusión la circunstancia de que los progenitores de la víctima hubieran firmado un contrato de viaje en el que desobligaban de toda responsabilidad a terceros, pues tales cláusulas son nulas conforme a la Convención Internacional de Bruselas, ley 19.918.[29]

En cambio, dada la carencia de culpa, es razonable la sentencia que rechazó la demanda contra la empresa de turismo contratada para la realización de un viaje de egresados, por incumplimiento de la obliga-

[28] CNCiv., sala C, 16 de abril de 2004, en *elDial.com* del 11 de agosto de 2004.

[29] C1a.CCom. de San Nicolás, 26 de septiembre de 2003, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 2, 2004, p. 112, y L. L. B. A. 2004-228. La sentencia libera al establecimiento educativo y a la provincia de la cual éste depende. Se tuvo especialmente en cuenta que el colegio no participó en el contrato ni los alumnos quedaron bajo custodia, responsabilidad o vigilancia de un dependiente del Estado; además, el propósito del viaje no tenía connotaciones educativas ni era una extensión de la actividad curricular.

ción accesoria de seguridad, si el menor fue atropellado por un vehículo cuando volvía caminando al hotel, desde un lugar bailable ubicado a pocas cuadras, dado que no estaba contemplado en el contrato, ni explícita ni implícitamente, que el regreso se haría en un medio de transporte, y el daño en sí mismo, o es atribuible a la víctima (si intentó cruzar la calle pese a divisar la presencia de un rodado) o a un tercero por quien la demandada no debe responder. Se entendió que, en esas circunstancias, no era dable exigir al coordinador un deber de vigilancia personal sobre cada uno de los integrantes del contingente.[30]

En algún precedente judicial, la obligación de seguridad fue juzgada con amplitud inusual. Así, por ejemplo, se ha decidido que "el organizador de un viaje es responsable ante el viajero por no haber adoptado la debida diligencia para conjurar o asistirlo en debida forma luego de un accidente que sufrió en un *resort* de la cadena del organizador". En el caso, el turista se había caído y fracturado un pie; el hecho le era totalmente atribuible (distracción frente a unos escalones de un anfiteatro que se encontraban en perfecto estado). No obstante, el juego de las cargas probatorias llevó a la condena del organizador, pues la víctima acreditó que ese tipo de fracturas requiere la inmovilización inmediata y que las secuelas (incapacidad del cinco por ciento) no se habrían producido de procederse a un adecuado diagnóstico y tratamiento; en cambio, el organizador desistió de la prueba consistente en el testimonio de los médicos que, según él, habían asistido al viajero.[31] El tribunal invocó "lo dispuesto por los artículos 12 y 14 del Convenio de Bruselas, según los cuales el organizador es responsable de todo perjuicio causado al viajero, como si fueran sus propios actos y omisiones, y de los actos y omisiones de sus empleados o representantes".

3. *Contrato de intermediación de viaje (sector distributivo o comercial)*

A. *Concepto*

El contrato de intermediación de viaje es aquel por el cual una persona (agencia de turismo) asume habitualmente la obligación de pro-

[30] CNCiv., sala C, 22 de marzo de 2004, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, núm. 6, 2004, p. 98; E. D. 208-426, y J. A. 2004-III-443.

[31] CNCom., sala A, 23 de diciembre de 2003, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, núm. 4, 2004, p. 89.

curar a otra (viajero, turista), que paga un precio, un conjunto o una o algunas de las prestaciones independientes que permitan efectuar un viaje o una estadía cualquiera.

B. *Responsabilidad*

Los intermediarios tienen en la Convención una posición muy favorable; su responsabilidad es tarifada y de naturaleza subjetiva, sin presunciones de culpabilidad. Conforme al artículo 22,

> el intermediario de viajes responde de toda culpa que cometa en la ejecución de sus obligaciones. La culpa se apreciará teniendo en consideración los deberes que incumben a un intermediario diligente.
>
> La indemnización debida por aplicación de este artículo está limitada a 10.000 francos por viajero. Todo Estado contratante puede fijar un límite superior para los contratos concluidos por empresas que se encuentren en su territorio.

El párrafo tercero dice enfáticamente: "El intermediario de viajes no responde de la inejecución total o parcial de los viajes, estadías u otras prestaciones que hacen el objeto del contrato".

Pese a esta normativa, puede afirmarse que, en general, la jurisprudencia ha sabido insertar esta problemática dentro de las nuevas nociones del derecho del consumo. Para probar este aserto, en el punto siguiente pasaré revista a algunos casos publicados que muestran esta tendencia.

Aclaro que esta importante labor jurisprudencial, cuyo carácter creativo siempre encuentra su límite en la ley,[32] de ningún modo justifica la inercia del legislador, quien no sólo no transita dentro de las modernas tendencias sino que, incluso, insiste en las viejas, tal como lo demuestra el hecho de haber incorporado a las agencias de viaje que brindan servicios a contingentes estudiantiles al régimen de la ley 18.829, mediante ley 25.599 sancionada el 23 de mayo de 2002. Para colmo, las normas de la ley 25.599, que significaban verdaderos avan-

[32] Véase, a vía de ejemplo, CNFed.CC, sala III, 7 de septiembre de 1988, J. A. 1990-B-336, E. D. 134-429 y L. L. 1990-B-337, con nota de Encina Fazio, Marta, *Responsabilidad de las agencias de viajes*.

ces en la materia (artículos 10, inciso *b*, y 11), fueron vetadas por el Poder Ejecutivo.[33] Más recientemente, la resolución 187/2004, publicada el 11 de marzo de 2004, ha establecido que las agencias de viajes que operen turismo estudiantil, en cualquiera de sus modalidades, deberán contar con el Certificado Nacional de Autorización para Agencias de Turismo Estudiantil previo al inicio de las acciones comerciales de cualquier naturaleza con miras a la realización de ventas, y aprueba los requisitos que deben cumplirse para su obtención. Es de esperar que este "certificado" no se convierta en una mera exigencia burocrática para percibir tributos fiscales, y comporte un real control por parte del Estado.

Mayor sensibilidad social presenta la ley 25.643, que en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 75, inciso 23, regula —en una suerte de acción positiva en favor de los discapacitados— el "turismo accesible para personas con movilidad y/o comunicación reducida", e impone a las agencias de viajes "la obligación de informar sobre los inconvenientes e impedimentos que pudieren encontrar en la planificación de un viaje que obstaculizarán su integración física, funcional o social".

V. Responsabilidad de los *agentes*. Últimas sentencias de la jurisprudencia argentina. Casuismo

1. *La respuesta de los organismos administrativos*

Como he explicado en trabajos anteriores, en los hechos, la efectividad del control se ha debilitado por una absurda discusión en torno a cuál es el organismo competente (la Dirección Nacional de Comercio

[33] El artículo 10 dispone que a los fines de aplicación de la ley, actuarán como autoridad de aplicación: inciso *a*, El Ministerio de Turismo, Cultura y Deporte de la Nación. El inciso *b* vetado (u observado, como se dice en la nueva terminología eufemística), mencionaba como autoridad de aplicación a la Secretaría de la Competencia y de Defensa del Consumidor de la Nación, quien "asistirá, auxiliará y protegerá a los turistas estudiantiles en las relaciones de consumo que se generen entre ellos y los prestadores turísticos". El artículo 11, también vetado, decía: "Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, en las relaciones de consumo que se generen se aplicará la ley 24.240 y normas complementarias". Me pregunto, si el Poder Ejecutivo entiende que los servicios turísticos no son servicios a consumidores, ¿qué son entonces?

Interior, autoridad mencionada por la ley 24.240, o la Dirección General de Regulación de Servicios Turísticos de la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación, autoridad de la ley 18.829). La opinión mayoritaria de la sala 1a. de la Cámara Nacional Contencioso Administrativa ha inclinado la balanza en favor de la segunda. Con mejor criterio, la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[34] ha dicho que ambos regímenes tienden a tutelar diversos bienes jurídicos, y que la existencia de un proceso ante la autoridad mencionada en la ley 18.829 no impide decidir en una causa que debe juzgarse a la luz de las disposiciones de otra ley que:

a) Es derivación de un derecho de rango constitucional (artículos 42, Constitución nacional, y 465 de la Ciudad de Buenos Aires).
b) Es de fecha posterior.
c) Posee principios interpretativos propios.
d) Persigue un nítido objeto, esto es, la defensa del consumidor.

El problema de la competencia comienza a presentar nuevos perfiles cuando la empresa que presta los servicios turísticos se declara en concurso preventivo o en quiebra.[35]

De cualquier modo, como lo he mostrado con algunas decisiones comentadas, los organismos administrativos de protección de los consumidores van abriendo camino firme en el amparo de los turistas. En este sentido, un tribunal confirmó la sanción administrativa impuesta a una agencia que modificó el precio argumentando la existencia de una cláusula en el reverso de los recibos según la cual "el pago de la reserva no congela precio ni confirma las plazas", si los recibos sólo dicen "ver condiciones al dorso".[36]

[34] Véase la decisión del 12 de noviembre de 2003, publicada en *elDial.com*, diciembre de 2003.

[35] CNFed.CAdm., sala 4a., 31 de octubre de 2000, L. L. 2001-II-315. Obviamente, como en todo proceso, la agencia tiene derecho a ejercer adecuadamente su derecho de defensa y, consecuentemente, debe ser suficientemente informada de la falta que se le atribuye (CNPEcon., sala B, 1o. de julio de 2003, L. L. 2004-A-156).

[36] CCAdm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 12 de noviembre de 2003, L. L. 2004-B-770 y *elDial.com*, diciembre de 2003.

2. *La respuesta de los tribunales civiles y comerciales*

A. *Pauta general de interpretación*

La jurisprudencia ha caracterizado al contrato por el que se enajena un paquete turístico como un contrato de adhesión, redactado sobre la base de cláusulas predispuestas por la agencia, por lo que en caso de duda, oscuridad o silencio en su redacción, debe ser interpretado en contra de la parte que impuso su texto a la otra (o sea, en contra de la agencia). Por eso, la cláusula inserta en las condiciones generales del contrato según la cual "la documentación para efectuar el viaje debe estar en poder de la agencia de turismo veinte días antes de la salida para obtener las visas" debe entenderse en el sentido de que estaba a cargo de la agencia la tramitación de esa autorización diplomática. Habiendo viajado el cliente sin esa autorización (en el caso, se trataba de un crucero por el Caribe, y la agencia no informó que se necesitaba visa estadounidense para entrar a Puerto Rico), la vendedora debe reparar la pérdida de esa parte del paseo.[37]

B. *Obligaciones de resultado nacidas del modo como los servicios fueron publicitados*

El artículo 8o. de la ley argentina 24.240 de protección del consumidor, al igual que la ley española, dispone que "la publicidad integra el contenido del contrato". El artículo 19 del mismo ordenamiento ordena que "los servicios deben presentarse conforme fueron ofrecidos, publicitados o convenidos". Sobre esta base normativa, el 30 de junio de 2003, la sala B de la Cámara Nacional de Comercio condenó a pagar daños y perjuicios a una agencia de viajes que había publicitado el siguiente texto en un diario de gran difusión en la Argentina: "Todos nuestros tours incluyen: pasajes aéreos, recepciones, traslados, alojamientos en selectos hoteles y resorts. Asegure ya su lugar y su precio reservando ahora con sólo 50 dólares por persona". En el caso, la actora había pagado la totalidad del servicio contratado (un viaje a París

[37] CNCom., sala E, 4 de octubre de 2002, J. A. 2003-I-563; sala C, 20 de diciembre de 2002, J. A. 2003-I-563.

y siete días de hotel, en baja temporada). El día anterior al que debía viajar, la agencia la llamó por teléfono y le informó que el viaje no era posible porque no había disponibilidad hotelera. Infructuosamente la clienta reclamó la entrega del pasaje y los *vouchers*. La agencia sostuvo que era una mera intermediaria y se limitó a ofrecer la restitución del dinero recibido. El tribunal entendió que dada la publicidad efectuada, es inaudible la defensa estructurada sobre la base de que nunca prometió a la actora la efectiva realización del viaje sino sólo su intermediación ante los verdaderos prestadores de servicios.[38]

El mismo tribunal ha insistido en esta solución en fallo reciente del 27 de junio de 2005.[39] En el caso, el objeto del contrato consistía en la adquisición de un pasaje aéreo por Aerolíneas Argentinas, desde Buenos Aires a Orlando y luego a Cancún, los días de hotel en esas ciudades, y siete días de alquiler de automóvil. Los actores acreditaron: la demora en el transporte aéreo desde Orlando hasta Cancún; que llegados a México, se les informó que no se podrían alojar en el hotel en que se habían efectuado las reservas (Meliá); se los hospedó en otro, al que fueron trasladados en vehículos inadecuados e incómodos; al arribar a ese hotel se les dijo que sólo tenían estadía asegurada por menos días de los contratados, por lo que terminaron alojados en un tercer hotel, que no era de la categoría contratada. La Cámara recuerda que

> ...el artículo 22.1 de la ley 19.981 dispone que el intermediario de viajes será responsable por toda falta que cometa en la ejecución de sus obligaciones, debiendo apreciarse dicha culpa en relación con los deberes que incumben a un diligente intermediario de viajes; ergo, la responsabilidad del intermediario surge por la contravención al parámetro de diligencia que informa la norma, y en tanto la demandada no actuó con la debida diligencia, es responsable por los incumplimientos que su omisión causó.

El tribunal cita el artículo 42 de la Constitución nacional y la ley 24.240, y afirma categóricamente que "la complejidad del tráfico hace

[38] *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, núm. 3, 2004, p. 89, J. A. 2003-IV-529, E. D. 206-379, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, t. 206-487, 2004, y *elDial.com* del 11 de agosto de 2003.

[39] En *elDial.com* del 24 de agosto de 2005.

exigible una protección responsable del consumidor". Precisa que la participación de la organizadora del viaje no exonera de responsabilidad a la agencia, pues la "diligencia esperable en ésta supone que debió confirmar las reservas hoteleras encargadas por los pretensores asegurando las fechas y horarios de los transportes. Su omisión es inexcusable y torna abstracta la discusión en torno al carácter de la obligación que le cupo, por cuanto su responsabilidad surge por la mentada omisión de la diligencia con la que debió actuar", especialmente porque se obligó en los términos de su oferta, ya que publicó anuncios ofreciendo "seguridad y calidad total para sus vacaciones con la garantía de Aerolíneas Argentinas y los operadores turísticos Euro Vip's; Thorolf Hillblad, Tiffany, y Julia Tours". Concluye que los servicios deben prestarse conforme fueron ofrecidos, publicitados o convenidos (ley 24.240, artículo 19), pues la publicidad despliega una virtualidad significativa en el momento contractual, haciendo nacer en su receptor el derecho a obtener lo prometido. Y ella integra el contenido del contrato (ley 24.240, artículos 7o. y 8o.). Liquidó la indemnización por todo concepto —daño ocasionado por la pérdida de tres días de vacaciones y daño moral— en la cantidad de veinte mil pesos para cada uno de los actores.

C. *Incumplimiento del deber de información*

El deber de información se ha convertido en uno de los pilares básicos del derecho del consumo; recuérdese que el artículo 42 de la Constitución nacional consagra el derecho de los consumidores a una información *adecuada* y *veraz*, notas complementadas por el artículo 46 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que agrega que debe ser *transparente* y *oportuna*. A su vez, el artículo 4o. de la ley 24.240 requiere el suministro de información "veraz, detallada y eficaz", "en forma cierta y objetiva". Por eso, las sentencias que condenan a reparar las consecuencias dañosas del incumplimiento de este deber son cada vez más frecuentes. En tal sentido, se hizo responsable a la agencia de los daños causados a un viajero a quien no se le indicó la necesidad de poseer visa para ingresar a un país incluido en el recorrido contratado. El tribunal entendió acertadamente que las estipula-

ciones accesorias del contrato —en el caso se eximía de responsabilidad a la empresa si el pasajero no contaba con la documentación en regla— "están subordinadas a las obligaciones principales asumidas por la empresa turística, y entre tales obligaciones principales se encuentran las de asesoramiento, colaboración y control con respecto a toda la documentación y trámites personales a cargo del viajero que sean imprescindibles para efectuar el *tour* convenido".[40]

Cuando la salud del turista está comprometida, los tribunales parecen advertir un plus en este deber de información. No hay dudas de que el llamado "servicio de asistencia en viaje", cubierto por las aseguradoras, da al turista una seguridad adicional, desde que sabe que cualquier problema de salud no le traerá aparejado costos adicionales que no podrá pagar, especialmente porque está fuera de su casa. Normalmente, el viajero contrata estos servicios por su cuenta. Otras veces lo hace a través de asociaciones u otro tipo de organizaciones a las que él pertenece. Una sentencia de 2004 se encolumna en una tendencia jurisprudencial —quizá minoritaria— que otorga protección amplísima a los consumidores. En el caso, dos personas domiciliadas en Buenos Aires sufrieron un accidente automovilístico en la Provincia de San Juan. Años antes habían contratado con la Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires un plan de salud en el que el seguro de asistencia al viajero no estaba incluido; sin embargo, con posterioridad, la Sociedad Italiana cambió de asegurador e incluyó tal cobertura, en forma opcional, a través de una cláusula que decía: "todos los asociados, actuales y futuros, que acepten el servicio, en forma exclusiva con la aseguradora...", y preveía un costo adicional entre 2.25 y 1.80 mensual. El asociado había rechazado esta opción. Tiempo después, la asociación contrató un nuevo seguro y realizó un acuerdo con la Medical Internacional Card (MID), a través del cual incorporó el servicio de asistencia en viaje, sin excepción, a todos los planes del Hospital Italiano, o sea, el seguro dejó de ser opcional y, en adelante, todo afiliado que contratara el plan médico recibía este servicio. La asociación

[40] CNCom., sala C, 20 de septiembre de 2002, "Fontanellaz y otros c/Furlong", E. D. 201-295 y L. L. 2003-B-213, con nota de Borda, Alejandro, *El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos es un contrato de consumo*.

distribuyó propaganda sobre la extensión del beneficio de asistencia en viaje a todos los afiliados, sin hacer reserva respecto de aquellos que hubieren desechado el servicio con anterioridad. Producido el accidente, los asociados reclamaron la restitución de los gastos de traslado en un avión sanitario desde San Juan a Buenos Aires. Aunque la pericial había probado que los actores pagaban una suma menor a la de otros asociados que tenían el seguro, el tribunal acogió la demanda con estos fundamentos:

a) El perito había expresado que no podía establecerse fehacientemente el motivo por el cual los actores pagaban menos que otro asociado.
b) Al haberse modificado el plan de salud, incluyendo la asistencia al viajero, como un beneficio a todos los afiliados, era inaceptable dejar a algunos pocos en condiciones diferentes por no haberlos informado, incumpliendo de este modo con el artículo 4o. de la ley 24.240.
c) Aunque la prestadora de los servicios médicos había impugnado las credenciales que los identificaban como amparados por la cobertura, porque habían sido acompañadas en fotocopia, había aclarado que parecían ser auténticas; además, la asociación demandada no las observó, por lo que cabía tenerlas por reconocidas.
d) Los asociados habían recibido folletos y publicidad que no hacían distinciones entre asociados anteriores y posteriores, por lo que resultaban de aplicación los artículos 8o. y 19 de la ley 24.240.

D. *Incumplimiento del deber de reservar los alojamientos prometidos*

Lamentablemente, sucede con frecuencia que los *vouchers* en la mano son insuficientes para ser atendido en el hotel prometido. Más de una vez, el turista se encuentra lejos de su domicilio y sin albergue, no obstante que pagó por ese servicio antes de salir de su casa. Un remedio eficiente para el daño causado no siempre es fácil de obtener, pero normalmente los jueces encuentran argumentos suficientes para reparar al consumidor.[41]

[41] CNCom., sala B, 17 de diciembre de 1999, "Gismondi c/Ascot Viajes SA", J. A. 2001-1-619 y *Doc. Societaria y Concursal* 151-1091.

E. *La reparación del daño moral. El llamado "daño a las vacaciones arruinadas"*

En general, las legislaciones nacionales europeas contienen criterios muy restrictivos en materia de reparación del daño moral. Por eso, es sumamente alentador que en el derecho de los consumidores turísticos el rubro haya entrado por la vía del llamado "daño a las vacaciones arruinadas".[42]

La jurisprudencia argentina coincide con la solución consagrada por el tribunal comunitario. Así, se ha resuelto que

> ...corresponde aceptar la procedencia de la indemnización del daño moral en el caso en que el accionante, a pesar de haber pagado la totalidad de un viaje con alojamiento incluido, se encontró con que el demandado no dio cumplimiento a su parte en el contrato; en el caso, no había lugar en el hotel elegido, teniendo que alojarse en uno de inferior calidad, hecho que no sólo fue una mera incertidumbre, sino que por su gravedad alteró el estado de ánimo de los viajeros en un país extranjero, sin solución inmediata a lo que se había convenido antes de salir la excursión.[43]

Con el mismo criterio se ha decidido que "la pérdida de libertad y de tiempo, motivada por la imprevisión del transportista, ocasiona un daño moral que debe ser objeto de reparación. No requiere prueba específica de su realidad porque pérdidas de esa especie, que son frustración de vida de disponer de ella en la forma que al interesado le plazca, configuran un obligado sometimiento al poder decisorio del incumpli-

[42] La sentencia se encuentra en la revista *I Contratti*, núm. 10/2002, p. 952, con comentario de Tutti, Pietro Maria, "Danno da vacanza rovinata"; en *Danno e Responsabilità*, 2002-1097, con notas de Carrassi, *L'interpretazione della Corte di giustizia CE delle norme comunitarie è, indiscutibilmente, vera nomofilachia*, y de Maiolo, *La Corte di giustizia, il danno da vacanza rovinata e il sistema bipolare di responsabililità civile*; la misma revista lo publica en su núm. 2003/3, p. 24, con nota de Gazzara, Massimo, *Vacanze "tutto compreso" e risarcimento del danno morale*; también en *Foro Italiano*, 2002-IV-329, y en *European Review of Private Law*, vol. 11, núm. 1, 2003, pp. 91-102, con notas de Loos, Marco *et al.*, *Compensation for non Material Damage under the Directive on Package Travel*, explicando, respectivamente, los antecedentes en el derecho holandés, británico, griego y polaco.

[43] CCCMin. de San Juan, sala III, 9 de abril de 2001, L. L. Gran Cuyo 2001-1003.

dor";[44] que "los padecimientos espirituales y físicos de las actoras no son meras molestias y configuran un verdadero daño moral si no sólo perdieron un día de su vida, sino que se les malogró en buena medida su viaje de vacaciones".[45] Por eso, "debe repararse el daño moral si la frustración del viaje privó a los actores de las lógicas expectativas e ilusiones que el viaje conjunto de padres e hijos debió despertar en la familia".[46] También debe indemnizarse el daño causado a las afecciones si la agencia no hizo la reserva para el viaje aéreo de retorno, ya que la pasajera tuvo una y mil dificultades para ser transferida a otra línea, y aunque pudo hacer el crucero contratado, no lo realizó con la tranquilidad que es dable presumir en un viaje de esa naturaleza, desde que pendía sobre ella la posibilidad de no poder retornar en tiempo.[47]

F. *Algunas cláusulas abusivas*

La regulación de las cláusulas configura otro núcleo duro del derecho de los consumidores. Mencionaré un caso en el que la protección muestra una inusual extensión. En efecto, se ha considerado que la cláusula "seña no reembolsable" no puede ser aplicada a un supuesto en que el turista ha debido cancelar el viaje por razones de salud de un pariente, aunque la enfermedad hubiese precedido la contratación, si era desconocida al momento de la convención.[48] Advierto que el caso presenta circunstancias muy peculiares, porque la agencia no contestó la demanda y, consecuentemente, las razones que estimó a su favor las invocó, recién, al expresar agravios en la apelación. El tribunal razonó del siguiente modo: "En situaciones como las de autos, en las que el arrepentimiento de los actores obedece a razones de salud, vinculadas con la súbita aparición de una enfermedad como el cáncer,

[44] CNFed.CC, sala II, 10 de abril de 1997, D. J. 1998-2-179.

[45] CNFed.CC, sala III, 21 de diciembre de 1999, L. L. 2000-C-308.

[46] CNCom., sala A, 29 de diciembre de 2000, L. L. 2001-201 y D. J. 2001-2-701.

[47] CNCom., sala C, 27 de diciembre de 2002, E. D. 202-161 y *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año V, núm. 2, 2003, p. 95, con nota de Vázquez Ferreyra, Roberto, *El turismo y la tutela de los consumidores*.

[48] CNCom., sala B, 12 de diciembre de 2003, E. D. 211-24, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, núm. 10, 2004, p. 74; L. L. 2004-C-947, y *elDial.com* del 7 de febrero de 2004.

cuya sola mención conmueve las fibras más íntimas de casi todo ser humano, el criterio de valoración debe ser menos estricto que en los restantes contratos". Es decir, "el cocontratante no deberá ver un adversario en el sujeto de derechos y obligaciones, sino que debe considerar también al ser humano que sufre, y encontrar el modo de evitar que padezca perjuicios innecesarios. Esto no es más que el reflejo de buena fe, que aunque no siempre lo parezca, se encuentra ínsito en todas las relaciones contractuales". La Cámara valoró que los clientes habían realizado reclamos de todo tipo sin respuesta: verbales inmediatos, por escrito, por carta documento, etcétera, todo lo cual culminó en el reclamo judicial que, a su vez, tuvo el silencio por respuesta; se entendió que ese silencio había agudizado las angustias y padecimientos derivados del diagnóstico de la enfermedad del padre de los actores, quienes por necesidad personal y lógica debieron acompañar al progenitor a todos los estudios, en lugar de tomar sus propias vacaciones. En definitiva, la sentencia condenó a restituir la seña y a pagar la suma de $1,000 en concepto de daño moral por la falta de devolución oportuna.

La decisión es interesante desde la teoría general del responder, puesto que la reparación del daño moral se fundó, exclusivamente, en la violación del deber de buena fe; en tal sentido, la decisión coincide con la tendencia expresada por la casación italiana, para quien la buena fe, entendida en sentido ético, como requisito de la conducta, es uno de los fundamentos de la disciplina legal de las obligaciones, y constituye el objeto de un verdadero y propio deber jurídico que resulta violado no sólo en el caso en el que una de las partes haya actuado con el propósito doloso de producir un perjuicio a la otra, sino también "cuando el comportamiento de ésta no haya estado marcado por una corrección diligente y por el sentido de la solidaridad social que integran el contenido de la buena fe".[49] Esta jurisprudencia tiene apoyo de muchos juristas italianos que señalan que el criterio de la corrección obligacional previsto en el artículo 1175 del Código Civil italiano ofrece al juez un instrumento para individualizar y valorar las actividades

[49] Fallo del 18 de febrero de 1986, citado por Galgano, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. de Blasco Gascó y Prats Albentosa, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 454.

accesorias, diversas a la prestación en sentido estricto, evidenciadas en la fase que precede, acompaña *o sigue* a la determinación de la prestación. Se entiende que existe un verdadero *deber de actuar, lo mejor posible, en el interés del cocontratante*, que implica la necesidad de ejecutar prestaciones no previstas expresamente, tolerar que la otra parte modifique la prestación, dar aviso de ciertas circunstancias, etcétera.[50]

VI. Una nueva visión: la directiva europea 90/134, del 13 de julio de 1990, reguladora del "paquete", o *forfait touristique*, "viaje todo incluido" o "viaje combinado"

1. *Preliminares*

La jurisprudencia comentada muestra la tendencia a desdibujar la línea demarcatoria entre intermediario y organizador u operador cuando se analizan los incumplimientos al usuario final del servicio. La respuesta judicial, quizá audaz frente a los textos de un instrumento internacional convenido hace más de treinta años, no lo es frente al nuevo derecho de los consumidores. En efecto, el nuevo derecho comunitario europeo no diferencia porque tampoco lo hace el lenguaje común usado por los turistas.

2. *Requisitos*

La directiva regula los contratos cuya prestación:

a) Resulta de la *combinación* previa de por lo menos dos operaciones referidas al transporte, el alojamiento u otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento que representen una parte significativa del *forfait*.
b) El plazo de duración supera las 24 horas o incluye una noche de estancia.
c) Se vende u ofrece a la venta por un precio global.

[50] Bianca, Massimo, "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Rivista di Diritto Civile*, año XXIX, 1983, primera parte, p. 210.

3. *Responsabilidad de operadores e intermediarios*

Con criterio mucho más moderno y protector que la Convención Internacional de 1970, el artículo 5o. de la directiva europea 90/314 dispone:

> 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 deba ejecutar él mismo y otros prestadores de servicios, y ello sin perjuicio del derecho del organizador y/o detallista de actuar contra esos otros prestadores de servicios.

El consumidor está, pues, suficientemente protegido; siempre habrá quien responda.

VII. Derecho del turismo y derecho de la libre competencia

En la República Argentina, la liberación del tráfico aéreo ha dado lugar a decisiones con fuerte impacto en el derecho sancionador contra los prestadores de servicios vinculados al turismo. En tal sentido, se ha resuelto que "dado que las compañías aéreas en situación de libre competencia tienen libertad para fijar el precio de sus vuelos, las tarifas que establece la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA), lo son al sólo fin indicativo, pero no constituyen una tarifa o un valor de pasaje obligatorio para las empresas aéreas". Sin embargo, a los efectos de la imposición de multas por incumplimiento de la ley de migraciones, dada la dispersión de los cuadros tarifarios aplicados por los distintos transportadores aéreos, resulta razonable tomar como base las tarifas que establece esa Asociación.[51]

VIII. Palabras finales

El turismo es hoy una fuente importantísima de riqueza; muchos puestos de trabajo, y consecuentemente el bienestar de muchas fami-

[51] CNFed.CAdm., sala 4a., 3 de julio de 2003, J. A. 2003-IV-659.

lias, dependen de esta actividad. Nuestro deseo sigue siendo que el principio general de buena fe reine y gobierne; para alcanzar esa meta son necesarias buenas leyes, pero también buenos organismos de control y buenos jueces. Lo deseable es que las cuestiones relativas al turismo sean solucionadas fuera del marco formal de la justicia, mediante procedimientos rápidos y poco costosos. Ojalá se realice efectivamente el mandato del artículo 37 de la ley 25.997: "La autoridad de aplicación debe instrumentar normativas de procedimientos eficaces tendentes a la protección de los derechos del turista y a la prevención y solución de los conflictos en los ámbitos mencionados". También cabe esperar que la última parte de la norma sea un instrumento apto y no un nuevo escape para la corrupción administrativa ("La autoridad de aplicación podrá establecer convenios de cooperación, delegación y fiscalización con otros órganos oficiales federales o locales y con entidades privadas").

De cualquier modo, si los escalones más bajos fallan, allí debe estar la justicia para dar la respuesta que el moderno tráfico negocial exige.