

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 13 DE BILBAO
BILBOKO LEHEN AUZIALDIKO 13 ZENBAKIKO
EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR, 10-3ª planta - CP./PK: 48001

TEL.: 94-4016685 FAX: 94-4016981

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: instancia13.bilbao@justizia.eus / auzialdia13.bilbo@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-19/023497

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2019/0023497

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 770/2019 - Y

SENTENCIA N.º 138/2020

JUEZ QUE LA DICTA: D./D.ª PAULA BOIX SAMPEDRO

Lugar: Bilbao

Fecha: veinticuatro de septiembre de dos mil veinte

PARTE DEMANDANTE: ASOCIACION CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCA.
EKA-ACUV.

Abogado/a: D./D.ª JOSE IGNACIO VELASCO DOMINGUEZ

Procurador/a: D./D.ª PAULA BASTERRECHE ARCOCHA

PARTE DEMANDADA TRAVELSENS S.L.

Abogado/a: D./D.ª CARLOS DEL CASTILLO BLANCO

Procurador/a: D./D.ª XABIER NUÑEZ IRUETA

OBJETO DEL JUICIO: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 24 de julio de 2019 se interpuso demanda de juicio ordinario por la referida Asociación en representación de sus socios D. Antonio Fernández Ahedo, Dª Mª Jesús Calleja Campos y D. Andoni Fernández Calleja en reclamación de 11.717 euros en concepto de daños y perjuicios derivados del cumplimiento defectuoso del contrato de viaje combinado a Rivera Maya en el que la demandada es la organizadora.

Los demandantes no pudieron disfrutar de la playa en la que se encontraba su hotel, principal atractivo turístico de la zona, al estar infectada de algas marinas, con un fenómeno conocido como sargazo, del que nadie les había advertido en el momento de contratar.

Puesto de manifiesto el problema al representante de la demandada en Playa del Carmen, no se les ofreció ninguna alternativa de realojamiento en otro hotel cuya playa no tuviera esa afectación, ni en el hotel se realizaron las operaciones de limpieza que eran necesarias.

La imposibilidad de hacer uso de las playas de la zona frustró las expectativas vacacionales de los actores, puesto que además D. Antonio Fernández pretendía practicar buceo

en ellas, a lo que se añadió la incertidumbre sobre sus expectativas de ser cambiados de hotel, que nunca se llegaron a cumplir ante el caso omiso de los representantes de la demandada. Por ello reclaman la devolución del importe total del viaje y daño moral que se valora en 60 euros por día y por persona, con un total de 4.800 euros.

SEGUNDO. La demandada contesta a la demanda el día 12 de noviembre, interesando su íntegra desestimación. Opone la excepción de falta de legitimación activa de la asociación. En cuanto al fondo, considera que el fenómeno sufrido constituye fuerza mayor, porque la llegada del sargazo a las playas es inestable y bastante impredecible, desconociéndose cuando se va a dar y en qué intensidad. En todo caso no considera probado que se impidiera por completo el baño ni que esta circunstancia afectara durante toda su estancia. La demandada cumplió las obligaciones que le incumbían según el contrato entre las que no se encuentra informar a los clientes sobre este fenómeno natural, que recae en el agente minorista. No considera probado que los actores solicitaran el cambio de hotel a la demandada. Finalmente alega que la reclamación de todo el importe del viaje supone un enriquecimiento injusto pues si disfrutaron del resto de servicios del hotel y durante todo el periodo contratado.

TERCERO. El día 19 de febrero se celebró la audiencia previa en la que se admitió como prueba una declaración testifical. El día 21 de los corrientes ha tenido lugar el acto del juicio. En él se ha puesto de manifiesto por las partes, con la conformidad de la demandada, que existe un error aritmético en la cuantificación de la indemnización, de tal manera que la cuantía de la reclamación asciende a 13.519 euros, modificándose también la cuantía del procedimiento. Tras la práctica de la prueba han quedado los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Falta de legitimación activa.

La excepción que plantea la demandada, pretendiendo negar legitimación a las asociaciones de consumidores cuando se trata de ejercitar acciones individuales de un concreto asociado es objeto de posturas discrepantes en las Audiencias Provinciales. Resumen las discrepancias por ejemplo la SAP Madrid sección 8 del 24 de octubre de 2019 (ROJ: SAP M 14772/2019 - ECLI:ES:APM:2019:14772) Sentencia: 460/2019 Recurso: 699/2019 o la SAP Gran Canaria sección 4 del 21 de febrero de 2019 (ROJ: SAP GC 1160/2019 - ECLI:ES:APGC:2019:1160) Sentencia: 166/2019 Recurso: 593/2018, mostrándose favorables a estimar la legitimación.

Esta tesis favorable admite excepciones para determinados supuestos, como el que contempla la STS del 21 de noviembre de 2018 (ROJ: STS 3909/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3909) Sentencia: 656/2018 Recurso: 267/2016, citada expresamente en la contestación a la demanda. Si bien es cierto que en ella se negó la legitimación activa a una asociación de consumidores para defender los intereses individuales de dos asociados, de la lectura completa de la misma se desprende que se trató de un supuesto de hecho muy específico y que la regla general es favorable a la legitimación.

En la sentencia se analiza la doctrina del TC sobre la cuestión, sentencias 73/2004, de 22 de abril, y 219/2005, de 12 de septiembre, 217/2007, de 8 de octubre y 131/2009, de 1 de junio, de las que se colige que “la legitimación especial que el art. 11.1 LEC reconoce a las asociaciones de consumidores para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados tiene

sentido siempre que "guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado". Sin perjuicio de que al realizar esta valoración se tienda a una interpretación amplia y no restrictiva, que trate de garantizar la protección efectiva de los consumidores y usuarios"

De este acervo resulta como criterio general que "una reclamación que guarde relación con la prestación de un servicio financiero a un consumidor quedaría incluida dentro de la legitimación del art. 11.1 LEC" pero el TS puntualiza que "hay servicios financieros que por su naturaleza y circunstancias exceden de la consideración de "servicios de uso común, ordinario y generalizado". Y concluye que el supuesto objeto de enjuiciamiento (la reclamación en nombre de dos asociados por la adquisición de diez productos financieros por un valor aproximado de 4 millones de euros, que comprenden tres paquetes de acciones de sociedades que cotizan en bolsas internacionales y siete bonos estructurados) es un claro ejemplo de lo que "no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es de uso común, ordinario y generalizado" En atención a las concretas circunstancias del caso el TS concluye que "los afectados pueden litigar directamente por sí mismos y no está justificado que lo haga una asociación de consumidores, en nombre propio y por cuenta de sus asociados, para evitar los riesgos derivados de una eventual condena en costas. Estas situaciones constituyen abusos del ordenamiento jurídico que no pueden estar amparados por una interpretación amplia del art. 11.1 LEC"

Por tanto el TS lejos de apoyar la tesis de la demandada, permite afirmar la legitimación de la asociación para defender los intereses particulares de asociados cuando se trata de actos o servicios de consumo, de uso común u ordinario, como sin duda es la contratación de un viaje combinado para unas vacaciones familiares. Este supuesto nada tiene que ver con aquél en el que se apreció abusos o fraude de ley. Tras esta sentencia se ha mantenido la tesis favorable a la legitimación incluso en nuestra Audiencia Provincial, generalmente para reclamación por la contratación de productos bancarios pero con argumentos extensibles a otros contratos de consumo ordinario. Pueden citarse diversos autos dictados por la sección 4ª, el último de ellos de 14 de enero de 2012 AAP, Civil sección 4 del 14 de enero de 2020 (ROJ: AAP BI 111/2020 - ECLI:ES:APBI:2020:111A) Sentencia: 41/2020 Recurso: 1715/2019, que además se refieren además a la misma asociación ahora litigante, indicando: "lo que concede el art. 11.1 es una legitimación diversa "para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación", siempre por su condición de consumidores o usuarios, como han dicho las STC 219/2005, de 12 de septiembre y 217/2007, de 8 de octubre, o en la jurisdicción, la STS 656/2018, de 21 noviembre, rec. 267/2016. La doctrina la denomina " legitimación extraordinaria por representación" o " legitimación representativa", distinguiéndola nítidamente de la legitimación ordinaria de la asociación. Nuestro Tribunal Constitucional la ha admitido expresamente en la STC 73/2014, de 19 abril, reconociendo que una asociación puede actuar en beneficio de sus asociados consumidores frente a una liquidación tributaria"

En aplicación de la doctrina expuesta se desestima la excepción procesal formulada.

SEGUNDO. Fuerza mayor

Se invoca en la contestación la concurrencia del supuesto de fuerza mayor que el art. 162 de la Ley de Consumidores y Usuarios establece en su punto segundo, apartado c) contempla como excepción a la responsabilidad por incumplimiento del contrato.

En este caso no concurren los presupuestos para apreciar la fuerza mayor porque cuando se contrata el viaje, en mayo de 2018, el fenómeno de llegada masiva de algas ya era algo conocido en aquella zona, se presentaba de manera recurrente desde hacía años y de hecho se estaba produciendo en ese momento.

Según la información publicada en medios digitales, aportada como documentos 7 y siguientes de la demanda, ya en ese mismo año y desde el mes de marzo se estaba produciendo el fenómeno, que además no era algo nuevo, sino que se detectó en el año 2013 y si bien continuó de forma esporádica, desde finales de 2014 y durante el año 2015 se había vuelto constante. En esas informaciones se refleja que la situación se está produciendo en mayo y junio de 2018 de manera alarmante, por lo que cuando se contrata y especialmente cuando se va a ejecutar el viaje, el fenómeno no era algo no previsible, sino que se sabía que estaba ocurriendo y que era además de especial gravedad. La situación que se dio desde los meses de marzo de 2018 en adelante era un problema conocido que había dado lugar incluso a la solicitud de protocolos de limpieza en las playas afectadas por las autoridades de la zona, tal y como se desprende de los documentos que se aportan con la demanda.

Por tanto el supuesto de hecho no es similar al que se enjuició en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona que se invoca en la contestación, porque en aquel caso el fenómeno se había producido en 2015, y el juzgador consideró que el incremento de alga había sido repentino e imprevisto. Esta sentencia lo que pone de manifiesto es que ya años antes se había producido el mismo fenómeno que había dado como resultado frustraciones de los turistas, luego difícilmente se puede afirmar que en 2018, la reiteración de la misma plaga de sargazo, en igual intensidad, no fuera algo previsible.

Más similitudes con este caso guarda el supuesto contemplado en la SAP Madrid sección 19 del 21 de marzo de 2014 (ROJ: SAP M 3572/2014 - ECLI:ES:APM:2014:3572) Sentencia: 90/2014 Recurso: 101/2014 en el que se excluye que puedan ser considerados fuerza mayor los conflictos gremiales en la compañía aérea y la presencia de ceniza de un volcán que se conocían previamente al momento de la iniciación del viaje, siendo por ello “eventos ya producidos y en desarrollo” o los casos en los que el viaje se ve afectado por huracanes en esa misma zona, como el contemplado en la SAP de Navarra sección 3 del 14 de marzo de 2008 (ROJ: SAP NA 471/2008 - ECLI:ES:APNA:2008:471) Sentencia: 42/2008 Recurso: 287/2006.

TERCERO. Deber de información.

Ha quedado acreditado que la agencia minorista no informó a los actores de la existencia de este fenómeno en el momento de la contratación ni en los días previos a la salida, pese a que ya se estaba desarrollando en las playas de la zona de destino. Así lo ha reconocido el testigo Javier García Frías, representante de la agencia de viajes en la que se firmó el contrato. Este testigo dice que tampoco desde la organizadora se le comunicó nada al respecto. La demandada en su contestación solo dice que no es su obligación contractual informar sino que es una responsabilidad exclusiva de la minorista, que es la que debe dispensar la información, por lo que no resulta aplicable la solidaridad.

La regla de la solidaridad se establece el artículo 162 del TRLCYU, conforme al cual “1. Los organizadores y los detallistas de viajes combinados responderán frente al consumidor y usuario, en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado, del correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, con independencia de que éstas las deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores de servicios, y sin perjuicio del derecho de los organizadores y detallistas a actuar contra dichos prestadores de servicios. La responsabilidad frente al consumidor será solidaria de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos, sin perjuicio del derecho de repetición de quien responda ante el consumidor y usuario frente a quien sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado.

2. Los organizadores y detallistas de viajes combinados responderán, asimismo, de los daños sufridos por el consumidor y usuario como consecuencia de la no ejecución o ejecución deficiente del contrato”

En el momento de la firma del contrato aún no se había dictado el Real Decreto Ley 23/2018 de 21 de diciembre de transposición de la Directiva 2015/2302/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. Ello no impide que el artículo 162 deba ser interpretado a la luz de esa normativa comunitaria, en cuyos considerandos se aclara que los organizadores responden por la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado, a menos que el Derecho nacional establezca que tanto el organizador como el minorista son responsables (Cdo. 23) En relación con los viajes combinados, los minoristas deben ser responsables junto con el organizador de facilitar información precontractual (Cdo. 24)

Consecuentemente su art. 13 titulado "Responsabilidad por la ejecución del viaje combinado" en el apartado 1 dice que "Los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado sea el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje. Los Estados miembros podrán mantener o establecer en su Derecho nacional disposiciones que estipulen que también el minorista es responsable de la ejecución del viaje combinado".

De estas previsiones se desprende que el artículo 162 debe ser interpretado en sentido de imponer al organizador la responsabilidad de los incumplimientos contractuales, la cual se puede extender de forma solidaria con el minorista cuando el incumplimiento provenga del desarrollo de sus concretas funciones. En todo caso, la obligación de suministrar la información precontractual adecuada es responsabilidad de ambos según aclara la Directiva, no solo de la minorista aunque sea esta la que materialmente la ofrezca al viajero.

En el presente caso se ha producido una falta de información de un dato relevante para la contratación del viaje, pues la existencia de este fenómeno afecta de manera clara al uso y disfrute de las playas, siendo este uno de los principales reclamos turísticos del hotel en que se ofrecía el hospedaje. Se trata de una información que ya estaba a disposición de la organizadora pues como se ha explicado en el anterior fundamento, no era una cuestión novedosa sino un fenómeno recurrente que afectaba a las playas, del cual se debía alertar a los consumidores para que pudieran decidir, con conocimiento de posibles inconvenientes, si querían viajar a ese destino en esas fechas.

Dice la demandada que no fue informada del problema cuando se estaba produciendo pero lo cierto es que la parte actora aporta conversaciones por mensaje de teléfono con un interlocutor de la empresa Jolidey, que si bien no se ha identificado de ninguna otra forma, del tenor de los mensajes parece claro que era algún responsable de la organización con quien se trató de gestionar sin éxito un cambio de hotel. En este sentido en la carta que se remitió por la organizadora en respuesta a la reclamación de la asociación EKA /ACUV no se contesta con la referencia a Travelsens SL sino con el membrete Jolidey. Por ello si se estima probado que se puso en conocimiento de la organizadora la falta de conformidad sin demora.

Por otro lado y pese a haber puesto en conocimiento del representante de la organizadora el problema surgido el deseo de traslado a otro hotel con menor afección de la playa, no se obtuvo respuesta satisfactoria ni consta probado por la demandada las razones por las que este cambio no fuera posible.

TERCERO. Sobre la entidad del incumplimiento y la indemnización solicitada.

La parte actora sostiene que por la imposibilidad de uso de las playas se ha producido la frustración total de sus expectativas del viaje y por ello pide la devolución íntegra del precio pagado. No se considera probada la inhabilidad total del contrato, pues si bien el disfrute de la playa contigua al hotel es un elemento sin duda relevante de la estancia, no es el único. Todos los demás servicios del hotel, que se contrató en régimen de todo incluido, estaban a disposición de los demandantes (piscinas, restaurantes) quienes además tenían la posibilidad de desplazarse a otras playas contiguas en las que, como se reconoce en la propia demanda, si se realizaban labores de limpieza más exhaustivas, razón por la cual incluso se solicitó el cambio de hotel. No se ha acreditado tampoco que no se pudieran realizar desplazamientos a otras zonas no afectadas, lo que pudo paliar sin duda el daño teniendo en cuenta que la estancia se contrató por un mes. Por tanto, incluso aunque el problema de las algas se mantuviera durante toda la estancia, no puede admitirse la tesis de una total frustración del fin del contrato que justifique la devolución del importe pagado.

Se ha de tener en cuenta además como criterio orientador, que en su actual redacción el artículo 162 LEC contempla ante la falta de conformidad con algún servicio incluido en el viaje combinado la reducción del precio, pero no la devolución total del importe. Esta debe quedar limitada a aquellos supuestos en los que no se ha podido realizar de modo completo el viaje o se ha resuelto el contrato en el mismo momento en que se conoce la falta de conformidad, lo que desde luego no es el caso porque los demandantes agotaron todo el periodo de vacaciones previsto.

En consecuencia se debe proceder a una moderación de la indemnización solicitada por el cumplimiento defectuoso de la prestación, no solo de la obligación de haber informado previamente del riesgo de sufrir este fenómeno sino también por no haber dado una solución en aquel momento ni explicaciones sobre la imposibilidad de realizar un cambio a otro hotel cuyas playas tuvieran menor afectación de algas.

La indemnización por falta de conformidad que se estima proporcional es de un 30 % del precio pagado, dado que si bien la cercanía de esa concreta playa constituía uno de los atractivos turísticos más relevantes del hotel, tal y como se ofertaba en la publicidad del mismo, también existían otros muchos servicios que no se vieron afectados y era posible disfrutar de otras playas cercanas, como se dice en la demanda y aparece también publicitado en el folleto. Por ello se fija una indemnización por cumplimiento defectuoso de 2.613 euros.

Además de lo anterior, se solicita una indemnización por daño moral, la cual si se estima pertinente, dado que como se dice en la demanda, en este tipo de viajes en los que se pretende el disfrute de las vacaciones, la frustración siquiera parcial de las expectativas genera un daño psíquico que ha de ser resarcido de manera añadida a la falta de cumplimiento objetivo de las obligaciones. En este sentido, no se trata solo de la incomodidad por tener que desplazarse a otras playas, sino también de la frustración de no obtener respuesta a los intentos de cambio de hotel y de comprobar que las labores de limpieza que se desarrollaban en esa concreta playa no eran suficientes, tal y como se refleja en la queja que se dejó por escrito en el hotel. El daño moral está probado pero su cuantía, a razón de 60 euros por persona y día de estancia no se considera ajustada, pues dado todo el tiempo de estancia en el hotel supone resarcir a cada uno en más de la mitad del precio pagado por todo el viaje, del que además ya se les devuelve el 30 %. Se considera que una cantidad de 900 euros por persona, es decir, 2700 euros en total, resarce de manera suficiente el daño moral causado.

Por lo expuesto se concede una indemnización total de 5373 euros.

CUARTO. Costas

La estimación parcial de la demanda impide la expresa imposición de costas (Art. 394 LEC)

FALLO

Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de ASOCIACION CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCA. EKA-ACUV en representación de D. Antonio Fernández Ahedo, D^a M^a Jesús Calleja Campos y D. Andoni Fernández Calleja contra TRAVELENS S.L. y condeno a la demandada a pagar a la parte la actora la cantidad de 5.373 euros más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

No se hace expresa imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC). Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 4751, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15.^a de la LOPJ). Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO(A) que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en Bilbao, a veinticuatro de septiembre de dos mil veinte.

