

LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE PASAJERO DEBIDA A LA INFLUENCIA DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR¹

THE EXPANSION OF THE PASSENGER CONCEPT DUE TO THE INFLUENCE OF THE CONSUMER CONCEPT

Mercedes Zubiri de Salinas²

RESUMEN:

Los conceptos de consumidor y pasajero no son coincidentes en esencia, pero son conceptos interrelacionados desde antiguo puesto que el fundamento de esta obligación tuitiva del transportista sobre el pasajero es común a la política de protección de los consumidores en general. Dichos conceptos son dinámicos en cuanto que se encuentran en constante evolución y expansión. Ello se pone de manifiesto cuando se observa que la noción de consumidor se va extendiendo a las personas jurídicas y no solo a la persona física. Este concepto se amplía todavía más en el sector de transporte como se ha evidenciado en el estudio de las normas sobre viajes combinados que se ha efectuado. De tal manera que, como ocurre en otras cuestiones de Derecho privado, a medida que uno de ellos se amplía genera un mayor ámbito de aplicación del otro. Me estoy refiriendo a materias como la responsabilidad civil y el seguro en las que, a medida que se iba permitiendo asegurar la responsabilidad, se iba objetivando la misma. La espiral responsabilidad civil-seguro-responsabilidad civil iba generando que, a nuevos riesgos, mayor aseguramiento y la aparición de nuevos tipos de seguros de responsabilidad civil generaban nuevos criterios de imputación de la responsabilidad cada vez más objetivos. Para el sector aéreo la protección del pasajero está en la base de funcionamiento del propio mercado de transportes independientemente de la condición de consumidores o no. Para que el mercado funcione y siga habiendo demanda de los servicios de transporte es necesario que las compañías amparen a sus viajeros, independientemente de que sean o no consumidores. Asimismo, sería interesante para el propio sector modificar sus normas para tratar de manera distinta solo a aquellos que se encuentran en pie de igualdad en la contratación.

1 NOTA DEL EDITOR: El presente artículo fue presentado como ponencia en las XL jornadas Latino Americanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, celebradas en Mendoza, Argentina, durante los días 24, 25 y 26 de agosto de 2016. Se reproduce con la autorización de su autora, y las actualizaciones pertinentes insertadas por la aludida

2 Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza, Juez en excidencia. Contacto: mzubiri@unizar.es

ABSTRACT

The concepts of consumer and passenger do not coincide in essence, but they are interrelated concepts since ancient times since the basis of this protective obligation of the carrier over the passenger is common to the consumer protection policy in general. These concepts are dynamic in that they are constantly evolving and expanding. This becomes evident when it is observed that the notion of consumer is being extended to legal persons and not only to the natural person. This concept is extended even more in the transport sector as has been evidenced in the study of the rules on package travel that has been carried out. In such a way that, as in other matters of private law, as one of them expands, it generates a greater scope of application of the other. I am referring to matters such as civil liability and insurance in which, as liability was allowed to be insured, it was being objectified. The spiral civil responsibility-insurance-civil liability was generating that, with new risks, greater insurance and the appearance of new types of civil liability insurance generated new criteria for attributing liability that were increasingly objective. For the airline sector, passenger protection is the basis for the operation of the transport market itself, regardless of whether they are consumers or not. For the market to function and demand for transport services to continue, it is necessary for companies to protect their travelers, regardless of whether they are consumers or not. Likewise, it would be interesting for the sector itself to modify its rules to treat differently only those who are on an equal footing in hiring..

PALABRAS CLAVE: transporte aéreo, pasajero, consumidor, Comunidad Europea.

KEY WORDS: air transport, passenger, consumer, European Community.

I. INTRODUCCIÓN

La problemática que suscita la diferencia entre los conceptos de pasajero y consumidor, ha tenido como consecuencia una interrelación entre ambos de manera que el pasajero abarca en el presente un perímetro más amplio que el contenido tradicional en el Derecho aéreo. Partiendo de los textos internacionales reguladores del transporte aéreo el concepto que en los mismos se utiliza es el de pasajero como una de las partes del contrato de pasaje aéreo. Sin embargo, a partir de los años 60 del siglo pasado irrumpe en las relaciones comerciales el concepto de consumidor, como la persona que utiliza para su particular interés los diferentes bienes y servicios. Dicha configuración pretende ser tuitiva de los intereses del mismo, empezando a reconocerse una serie de reglas y mecanismos de protección de los consumidores orientados hacia el reconocimiento de sus derechos y de vías extrajudiciales o judiciales que pretenden facilitar su ejercicio.

Este movimiento protector de los derechos de los consumidores alcanza reconocimiento constitucional en la mayoría de los ordenamientos de los países desarrollados y se extiende a actividades económicas de todo tipo, entre ellas el transporte de personas por los distintos medios. De tal manera que su influencia implica la calificación de los sujetos que intervienen en estas relaciones jurídicas, habitualmente contractuales, como relaciones de consumo. Ello supone, en muchos casos, la admisión de una suma de derechos añadidos a los que el sujeto posee como consecuencia de esa relación contractual. En

nuestra materia, a los derechos como pasajeros se añaden los derechos como consumidor o, en ciertos casos, se mantienen los mismos derechos, pero se modifica la óptica utilizada. De manera que el ejercicio de los derechos reconocidos en las normas reguladoras de la relación se tamiza y estos derechos se interpretan de forma que resulten más favorables al sujeto que tiene dicha condición de consumidor.

Sin embargo la realidad pone en evidencia que dicha situación no siempre es coincidente, o, por indicarlo de otra manera, que la consideración del pasajero como consumidor puede tener un amplio espacio de coincidencia (personas a las que se les podría aplicar ambas condiciones) pero también hay personas que no cumplen estrictamente los requisitos para recibir la calificación de consumidores, pero pueden estar asimismo huérfanos de tutela (por ejemplo, la persona que realiza el viaje por motivos profesionales, laborales, etc.) e incluso aquel que contrata para otro dentro del ámbito de su actividad empresarial o profesional.

Esta situación se reconoce por primera vez en una norma de ámbito europeo cual es la Directiva (UE) 2015/2302 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° 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, en la que, por primera vez en el Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE), se extiende el concepto de consumidor a pequeños empresarios que adquieran los viajes combinados para sus empleados en el ejercicio de su actividad. Esto puede afectar asimismo al concepto de pasajero en un transporte aéreo ya que parte del viaje combinado puede estar conformado por un transporte por aire.

La determinación de estos círculos concéntricos hace que debamos fijar cuál debe ser el perímetro coincidente entre ambos y si con esa distorsión del concepto de pasajero no sería conveniente que se acogiera también en las normas reguladoras del contrato de pasaje. Algo parecido a lo que ocurre en otros sectores como el Derecho de seguros en los que podemos distinguir normas tuitivas que se aplican per se al asegurado, de manera indiferente a si es o no consumidor, frente a las situaciones en las que el asegurado tiene un régimen dispositivo por encontrarse en pie de igualdad con la compañía aseguradora.

La pregunta clave que queremos responder en este estudio es si esta solución debe aplicarse también al sector del transporte aéreo estimando que la protección debe ser en todo caso como pasajero siendo indiferente el que concurra su condición como consumidor o si son dos condiciones y vías que deber yuxtaponerse.

El trabajo se estructura en dos partes. La primera pretende delimitar a quién se debe considerar consumidor y poner de relieve que es un concepto dinámico y en constante evolución y, en la segunda, cómo se confronta este concepto con el de pasajero o viajero, término utilizado por el Derecho del transporte, en general, y por el Derecho aeronáutico, en particular.

II. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR

El concepto de consumidor en sus orígenes proviene de la ciencia económica puesto que es el que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o para satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares, pretendiendo hacerse con

el valor de uso de lo adquirido³. Desde los orígenes del Derecho de consumo se tiene conciencia de que nos encontramos con un tema en el que confluyen normas de Derecho privado y de Derecho público de manera que ambos ámbitos jurídicos se diluyen y es difícil considerar que la protección del consumidor pueda efectuarse solo con normas de uno u otro carácter. Por otra parte se constata que el Derecho de consumo es una manifestación de la generalización del Derecho mercantil como derecho profesional y de una publicización del Derecho privado fruto de la penetración de ideas sociales y de la progresiva intervención del Estado en ámbitos de actuación tradicionalmente reservados a la autonomía privada⁴.

El concepto de consumidor parte del afianzamiento de la sociedad de consumo en las sociedades occidentales y de su crisis. Las palabras del Presidente de los Estados Unidos JF Kennedy (*Consumer Advisory Council, First Report, executive office of the President*, octubre de 1963); el *Molony Report* inglés de 1962⁵ y los movimientos de protesta de los consumidores en países como EEUU o Japón, pusieron de manifiesto que no se estaban reconociendo derechos de los individuos, a nivel individual, valga la redundancia, sino intereses de clase. El consumidor es un sujeto digno de protección porque los intereses en conflicto son intereses públicos, de la colectividad, que el Estado debe proteger y tutelar. Ya en este primer momento se evidencia también que los intereses deben ser, no los de todo consumidor, sino “los del consumidor medio, de ingresos relativamente modestos, no muy amplio discernimiento y que procede sin gran atención”⁶.

Por otra parte, es preciso destacar que ya desde sus inicios no existe una única noción de consumidor sino diversas nociones en función de la finalidad de la norma que incorpora esa noción. Siguiendo al Prof. BERCOVITZ se empieza a distinguir entre una noción “abstracta” y una o varias nociones concretas. En el primero de los aspectos, el concepto abstracto de consumidor comprende a todos los ciudadanos en cuanto que aspiran a una adecuada calidad de vida⁷. Esta noción permite el reconocimiento de derechos generales como el derecho a la educación, a la información o derecho de asociación. Esta configuración estaría en relación con lo que hemos indicado anteriormente de que se refiere a unos derechos de “clase” más que a la posibilidad de reconocer determinados derechos subjetivos.

Sin embargo, existen nociones concretas que reconocen derechos individuales y que se configuran de manera diferente en función de las distintas normas que las recogen⁸. La normativa básica española en materia de consumo, la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios (en lo sucesivo LGDCU), contiene una noción legal general que a su vez ha tenido una evolución sustancial desde su primera redacción en 1984 hasta el momento presente. La primera LGDCU, Ley 26/1984, de 19 de julio, contenía una noción

3 BOTANA GARCÍA, G. “Comentario al art. 1 de la LGDCU” en AAVV, (LLAMAS POMBO, E. Coor.) *Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Instituto Nacional de Consumo, La Ley, 2005, p. 60

4 POLO, E. *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Cuadernos Civitas, Madrid 1980, P. 23.

5 Fruto de la Comisiones de encuestas británicas se publica en el verano de 1962 el Final Report of the Committee on Consumer Protection, en el que se afirma la idea de que “todos somos consumidores” “the consumer is everybody all the time”.

6 POLO, op. Cit, nota 35 pág. 41 citando a BERNITZ *Der Verbraucherschutz in Schweden*, en Z.H.R. 1974, p. 339.

7 Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975, relativa a un Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores en cuyo n° 3 se indica: “En lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor”.

8 Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor” en AAVV *Hacia un código del consumidor, Manuales de formación continua* 34 C.G.P.J. Madrid 2006, p. 19-21.

legal de consumidor que se basaba en la condición de destinatario final de los bienes o servicios⁹. Por tal se debe entender todas aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren los bienes o servicios y no los vuelven a reintroducir en el mercado. Noción que constituye una ficción legal que incluye a todos los que puedan incluirse en tal concepto, independientemente de la condición sociológica del sujeto y de la necesidad de protección frente a la otra parte, empresario o profesional. Pero a su vez las normas de consumo contuvieron diversos conceptos de consumidor más o menos amplios en función de su respectivo ámbito de aplicación. Así la Ley de crédito al consumo contiene un concepto más estricto porque deja fuera a las personas jurídicas (art. 2 Ley 7/1995 de 23 de marzo) o en la normativa sobre viajes combinados a la que más tarde haremos referencia.

En esta evolución de la norma general de consumo en el Derecho español ha influido la sin duda el Derecho de la UE¹⁰ puesto que las sucesivas directivas comunitarias que regulan diversos aspectos en los que se requería la protección del consumidor se inclinaban por el concepto de que es consumidor el que actúa para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional¹¹ excluyendo a las personas jurídicas y determinando la aplicación de manera exclusiva a las personas físicas¹².

9 El art. 1, 2 de la Ley de 1984 indicaba:

"A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden".

Lo cual se completaba con el nº 3 en el que se decía que:

"No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

10 A partir de la Carta del Consumidor de 1973 del Consejo de Europa que indica que "consumidor es una persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado". La ausencia de referencia en el denominado Derecho de los tratados a los consumidores es evidente en los primeros textos de Mercado Común. Así, en el Tratado de Roma de 1957 no se hace referencia alguna al consumidor sino únicamente al adquirente, aunque se le mencione, por ejemplo, en materia de defensa de la competencia (art. 85 y 86) en la que se observa una concepción de consumidor como potencial cliente de las empresas que debe ser tenido en cuenta y protegido como forma de garantizar el adecuado funcionamiento del mercado.

El Acta única Europea de 1986 es la primera que hace alusión a la protección de los consumidores en su art. 100 A. 3, lo cual se consolida en el Tratado de Maastricht de 1992, que ya introduce la protección de los consumidores en el art. 3 del Tratado de la Comunidad Europea, y, posteriormente, en el Tratado de Ámsterdam de 1997. El art. 3 del Tratado de la Comunidad Europea a la hora de enumerar las acciones que deben emprenderse para alcanzar los objetivos de la Comunidad, la incluía una letra t) en la que se preveía la contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores.

En este sentido, y tomando como base el art. 153, se elaboraron una serie de directivas que pretendían contribuir al funcionamiento del mercado interior. Dentro de ellas debemos mencionar la directiva relativa a los viajes combinados (Directiva 90/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio) de especial relevancia para el tema que estamos tratando.

Los Tratados de Niza (2001) y Lisboa (2007) continúan reconociendo la protección de los consumidores y usuarios. Este último modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que, desde ese momento, se conoce como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este, en su art. 4, establece la competencia compartida entre la Unión y los Estados en materia de la protección de los consumidores y dedica su TÍTULO XV, específicamente, a la protección de los consumidores, que contiene un único artículo, el art. 169 (antiguo artículo 153 TCE), en el que se establece:

"1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior;

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión."

Con relación a la política de protección de los consumidores, interesa destacar que se extiende a las PYMES de tal manera que se orienta a la creación de un mercado único para la Europa del siglo XXI, con mayores competencias para los mismos. En este sentido REYES LÓPEZ, M^a J. Manual de derecho privado de consumo, La Ley, 2^a Ed. Madrid 2012, p. 72.

Esta política de protección se concreta a nivel europeo a partir de 1975 mediante una serie de Programas de política de protección de los consumidores. Para más información sobre esta evolución Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C. Manual sobre protección de los consumidores y usuarios, Instituto Nacional de Consumo, Dykinson, Madrid 2003, p. 15-22 y GUILLÉN CARAMÉS, J. El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración, Civitas, Madrid 2002, p. 74 y ss.

11 Empezando por la más antigua, la Directiva 1985/577/CEE, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales. También la Directiva 1987/102/CEE, de 22 de diciembre, sobre Crédito al consumo, la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 1997/77/CEE, de 20 de mayo, en materia de contratos a distancia; la Directiva 2002/65/CE, de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, y la Directiva 2005/29/CEE, de 11 de mayo de 2005 sobre prácticas comerciales desleales, por citar solo las más significativas.

12 STJCE de 22 de noviembre de 2001 (Caso Cape/Idealservice)

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) vino a reorganizar las normas contenidas por el primitivo texto legal en materia de consumo en España, -la Ley 26/1984 para la defensa de los consumidores y usuarios- y el desarrollo llevado a cabo con posterioridad por diversas leyes especiales, dictadas, habitualmente, con la finalidad de incorporar directivas comunitarias que contenían aspectos concretos de protección del consumidor. Dentro del TRLGDCU el concepto de consumidor experimentó un cambio “formal”, y, a su vez, este texto refundido también ha experimentado alguna modificación importante, como es la generada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que transpone al Derecho español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores. En fechas recientes y debido a la situación de pandemia mundial producida por el COVID-19 también se ha modificado nuevamente el concepto, para adaptarse a las situaciones de especial desvalimiento, mediante la introducción del término de consumidor especialmente vulnerable. El art. 3 se refiere al concepto “general” de consumidor y de usuario.

Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

2. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad¹³.”

La definición tradicional recogida en la Ley de 1984 partía de la caracterización del consumidor como el que era el destinatario final de los bienes o servicios. La norma actual española, recogiendo la definición que se había adoptado por el Derecho europeo, se fija en el criterio de que actúe al margen o con un propósito ajeno a la actividad profesional, con la finalidad de estar en consonancia con las directivas comunitarias que habían sido previamente transpuestas al Derecho interno español¹⁴.

13 Se ha modificado por el art. 1.1 del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

El texto original incluido en el TR de 2007 no poseía el segundo de los párrafos del número 1 en el que se especifica la consideración de consumidor “persona jurídica”. Esta modificación se introduce por el art. Único 2 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo. La primera redacción del Texto Refundido decía: “Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”

14 En la modificación de 2014 se acogió la dicción que expresamente incluía la Directiva 2011/83/UE, objeto de transposición. Redacción que fue criticada como redundante porque ciertamente añade poco desde el punto de vista conceptual vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentario al Capítulo I TRLGDCU” en AAVV, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coor.) Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 60.

Sin embargo, se mantiene la diferencia de permitir la inclusión de la persona jurídica exigiendo no solo que actúe fuera de la actividad profesional, sino que no tenga ánimo de lucro. Esto es una posibilidad bastante restrictiva puesto que tienen que cumplirse ambos requisitos, lo que significa que la aplicación quedaría limitada a asociaciones, cooperativas¹⁵ y fundaciones.

Es importante recalcar que la condición de consumidor no otorga un *status* subjetivo permanente, como es el de empresario o comerciante en los códigos decimonónicos, de manera que implica el cumplimiento de determinadas obligaciones (obligación de contabilidad en el momento presente), sino que significa el reconocimiento de determinados derechos atribuidos por el hecho de ser consumidor en cada tipo de relaciones concretas¹⁶ frente a alguien que sea empresario o profesional, no cuando la otra parte tenga una condición así mismo de consumidor.

Como características de esta noción concreta de consumidor podemos indicar las siguientes:

- El consumidor como cliente. Como características de estas nociones concretas se puede tener en cuenta su relación con otros conceptos como el de cliente. En este sentido el consumidor es todo cliente, como cualquier persona que interviene en las relaciones jurídicas situándose como solicitante o demandante de bienes o servicios en un hipotético y convencional vínculo con el titular o responsable de la oferta. Así se suele hablar del cliente bancario en la normativa sectorial de transparencia bancaria. De esta manera se incluye a todo el que contrata con la empresa no siendo relevante el destino de los bienes y servicios objetos de adquisición. Se trataría de un concepto amplio de consumidor como sujeto del tráfico económico frente a la empresa organizada¹⁷. Esta concepción de consumidor es importante en el ámbito del transporte que estamos analizando puesto que el pasajero será el demandante de los servicios de transporte de la compañía aérea. No obstante, debe especificarse que consumidor y cliente no son nociones que se puedan identificar. No es lo mismo ser consumidor que ser cliente ya que por tal, en un sentido estricto, se entiende al que demanda "habitualmente" bienes o servicios de un empresario.
- El consumidor jurídico. Otro factor del concepto de consumidor es que podemos calificarlo de consumidor jurídico¹⁸ cuando es el que contrata. Este es un concepto por oposición al de consumidor material, que es el que, sin ser el adquirente de la cosa, puede utilizarla.
- El consumidor pequeño empresario. Otra concepción más amplia de consumidor concreto es la que extiende el beneficio de la protección a pequeñas empresas, pe-

15 Lo cual se pone en duda en algunos supuestos como las cooperativas de consumidores BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario al Capítulo I TRLGDCU", cit. P. 63.

16 BERCOVITZ, op. Cit. P.35; LASARTE op. Cit. P. 61.

17 LASARTE, op. Cit. P. 61-62. En este mismo sentido, y calificándolo expresamente de noción concreta amplia, LARA GONZÁLEZ, R. y ECHAIDE IZQUIERDO, J.M. Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados del Derecho de consumo, ESIC, Madrid 2006, p. 40-41. Estos autores establecen, por otra parte, una noción restringida en la que exigen no solo el uso privado sino una situación de desigualdad o desequilibrio que justifica la protección otorgada por la norma de defensa de consumidores y usuarios (p. 45). Este tipo de nociones se antojan muy inseguras desde el punto de vista jurídico puesto que exigen, en cada caso, efectuar un doble juicio de valor. En primer lugar, acerca de si la adquisición se efectúa para un uso privado o distinto de la actividad empresarial y, además, que no hay desequilibrio por ser un empresario. Esta situación de equilibrio no se infiere por el hecho de que ambas partes sean empresarios. En el Derecho español cada vez en más ocasiones se arbitran normas que protegen a los pequeños empresarios frente a la otra parte contratante que puede tener una situación prevalente frente a él. En este sentido la Ley de ordenación del comercio minorista, Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, protege al proveedor frente a la gran superficie (art. 17); o la Ley de morosidad en las relaciones comerciales, Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que protege al acreedor en caso de morosidad comercial (art. 9), entre otras.

18 CALAIS-AULOY, J. y STEINMETZ, F. Droit de la Consommation, 4º Ed. París, 1996, p. 4-5.

queños comercios o profesionales cuando adquieren bienes o servicios para necesidades de su actividad económica a las grandes empresas de producción o de distribución o a los grandes prestatarios¹⁹. La consideración de consumidor empresario ha sido controvertida y se ha planteado por la doctrina y la jurisprudencia su exclusión o no exclusión especialmente en las denominadas actuaciones mixtas en las que el empresario actúa en parte para su actividad y en parte para un uso privado. Hay autores que se muestran restrictivos al estimar que solo se merece la protección propia de los consumidores cuando el destino “manifiestamente predominante del bien o servicio” sea particular y el profesional o empresarial sea manifiestamente menor o residual²⁰. Este criterio no deja de ser inseguro puesto que tendrá que analizarse caso por caso para saber si estamos ante un consumidor o no²¹. No obstante, debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista clásico, la legislación de protección de los consumidores trata de compensar la desigualdad en la capacidad negociadora de los consumidores frente a las empresas, pero no tiene como finalidad proteger a la parte débil en la contratación²². En consecuencia, sus normas no están pensadas para proteger a las PYMES. El cambio sustancial que se empieza a vislumbrar es justamente que el concepto de consumidor se amplía para ir acogiendo a los pequeños empresarios en determinados supuestos en los que se empiezan a encontrar en situaciones de desigualdad frente a la otra parte contratante (empezando por normas como la legislación de condiciones generales de la contratación y la ley del comercio minorista, especialmente). Esta tendencia se observa asimismo en el ámbito de los viajes combinados y la cuestión es si puede resultar extensiva a los pasajeros en los contratos de transporte, aunque no se haya contratado un viaje combinado. Esto nos hace entrar en la segunda parte de este trabajo.

III. LA NOCIÓN DE PASAJERO EN EL CONTRATO DE PASAJE AÉREO Y EN LAS NORMAS SOBRE VIAJES COMBINADOS

El Derecho de transportes se encuentra dentro de uno de los sectores en los que el Estado interviene prontamente, aunque sea bajo la vigencia del principio de autonomía de la voluntad propio de la codificación decimonónica, imponiendo a las compañías la obligación de contratar fundamentalmente porque se explotan servicios públicos y, además, hasta fechas bien recientes, porque dichas empresas actuaban en régimen de monopolio. De ahí que ya en los albores del Derecho de consumo se mencionaba específicamente la responsabilidad objetiva del transportista aéreo como una manifestación de la protección del consumidor y usuario en las Leyes especiales²³.

En el Derecho de transportes se utiliza como denominación clásica la de pasajero identificando a la persona que efectúa el viaje y a favor de la cual se expide el documento de transporte. Pero resulta curioso al examinar las normas, tanto internacionales como

19 BOTANA op. cit. P. 63 citando a FALLON, M. Some thoughts on non-community law initiatives as methods for european integration in consumer matters in *European consumer Law*, Louvaine-La-Neuve, 1982, p. 42; BERNITZ, U. “The consumer concept and consumer protection priorities” JCP, 1978, p. 215.

20 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentario al Capítulo I TRLGDCU”, cit. p. 66.

21 Así se recogió en la STJCE de 20 de enero de 2005, en un supuesto de un agricultor que adquirió una partida de tejas para retejar su granja, pero también la utilizó para su vivienda. Esta tendencia inspira a la Directiva 2011/83/UE (párrafo 17 del su Exposición de Motivos).

22 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Apuntes de Derecho Mercantil*, 15ª Ed. Cizur Menor 2014, p. 642. En su 22ª ed. de 2021 no recoge especialmente esta aseveración, pero no podemos confundir la protección de los consumidores con la protección de la parte débil en la contratación, ya que esta puede inspirar otras normas que no se apliquen a estos sujetos de manera exclusiva.

23 POLO, E. *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Cuadernos Civitas, Madrid 1980, P. 59 lo menciona específicamente junto a la legislación sobre arrendamientos urbanos y la ley de venta a plazos, en el sector de la contratación en el que en ese momento las normas de consumo no habían tenido especial incidencia. A estos efectos cita la obra de QUINTANA CARLO, I. *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*, Salamanca 1977.

nacionales, que no encontramos noción legal de pasajero. El Convenio de Montreal no lo define (vid. Art. 3 y art. 17 CM²⁴), aunque hay que recalcar que tampoco esta es su misión en tanto en cuanto no regula el contrato de transporte sino la responsabilidad del transportista aéreo. Por lo que se refiere a la norma interna española la Ley de navegación aérea de 1960 utiliza casi de manera indistinta los términos viajero y pasajero pero no los define en ningún momento (vid. Art. 92 a 101 cuando se refiere al contrato de transporte de viajeros mientras que en los art. 115 a 117 al tratar la responsabilidad en caso de accidente se refiere exclusivamente al viajero).

Por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea, el Reglamento comunitario (Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo de 1997 sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente utiliza el término y define a las “personas con derecho a indemnización” (art. 2, 1)²⁵ a las que considera “el pasajero o cualquier persona con derecho a reclamar respecto de dicho pasajero, de conformidad con la normativa aplicable”. Tampoco nos da luz a la hora de definir al pasajero el Reglamento (CE) n° 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo en el que se define a la “persona con discapacidad” o “persona con movilidad reducida” como “toda persona cuya movilidad para utilizar el transporte se halle reducida por motivos de discapacidad física (sensorial o locomotriz, permanente o temporal) discapacidad o deficiencia intelectual, o cualquier otra causa de discapacidad, o por la edad, y cuya situación requiera una atención adecuada y la adaptación a sus necesidades particulares del servicio puesto a disposición de los demás pasajeros” (art. 2, letra a). Este precepto nos define el adjetivo (persona con discapacidad o movilidad reducida) pero no el sustantivo porque sigue siendo un pasajero.

Sin embargo, sí que encontramos una definición en otras normas comunitarias relativas al aseguramiento. El Reglamento (CE) n° 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos en su art. 3 nos define al pasajero como “toda persona presente en un vuelo con el consentimiento de la compañía aérea, excluidos los miembros de la tripulación y el personal de cabina que estén en servicio”. A efectos del seguro se parte de un dato fáctico que es que la persona se encuentre presente en el vuelo y que la compañía aérea lo haya admitido.

Ante la ausencia de un concepto normativo podemos considerar con carácter general y de acuerdo con la interpretación clásica que el pasajero es la persona trasladada de un punto a otro por medio aéreo mediante un contrato de pasaje. Esto no significa que el pasajero tenga que ser, necesariamente, el que contrate el transporte, ya que entonces quedarían excluidos los que carecen de capacidad de obrar, como los menores e incapaces. La existencia de contrato implica que se deba excluir del concepto de pasajero al polizón, pero abarca a los pasajeros que no abonan remuneración, como en el transporte gratuito o interesado.

24 Tampoco lo hacía el Convenio de Varsovia, cuyo art. 1 se refería al transporte de personas, contenía una definición de viajero (art. 30) relativo a los transportes sucesivos en el que determinaba que la legitimación la tenía el viajero, y, en el supuesto de muerte de este, sus causahabientes.

25 El Reglamento (CE) 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de mayo de 2002 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente que es el que tenemos en el presente en vigor y el que introdujo en la UE el sistema de Montreal, modifica este precepto únicamente pasando del plural al singular e indicado, por consiguiente, “persona con derecho a la indemnización” (vid. Art. 1).

El hecho de haber contratado el transporte y haberse colocado en disposición de ser trasladado implica, normalmente, el pago del precio del transporte. Esto no significa que no se puedan considerar pasajeros, y amparados por la cobertura del contrato, las personas que viajan gratuitamente. Dentro de estos hay que distinguir: los menores de edad que viajan acompañados de un mayor y aquellos que hubieran efectuado un contrato gratuito (como los empleados de la empresa o familiares de los mismos que son transportados gratuitamente). En ambos casos se les debe considerar pasajeros. En el primero porque su relación con el transportista trae causa de una relación contractual que media entre el transportista y el progenitor o persona mayor a cuya custodia viaja el menor. Normalmente el menor exento totalmente de pagar el precio del transporte es aquel que no ocupa plaza independiente. Entonces, el título por el que se halla en el medio de transporte es la existencia de un contrato con la persona cuya plaza comparte. En cuanto al transporte gratuito, está claro que la gratuidad no elimina el convenio entre las partes.

Si el contrato tiene algún tipo de bonificación (familia numerosa²⁶, mayor de sesenta y cinco años, transporte de grupo, viaje de ida y vuelta, etc.) pero existe pago del precio, aunque no cubra la totalidad de la prestación efectuada por el transportista, no por ello pierde el carácter de contrato oneroso.

No tenemos, por consiguiente, un concepto legal y general de pasajero. A este concepto, acuñado por la práctica contractual, hay que añadir otro, el de turista, con el que está relacionado desde la aparición del fenómeno turístico y de los viajes combinados. Pero tampoco es único e inmutable. La importancia de la actividad turística en la realidad económica actual, y especialmente en países como España, hace que se haya desarrollado el concepto de turista que también ha ido evolucionando y que tiene relevancia a la hora de poder modificar la concepción clásica de pasajero que hemos comentado. En un principio, la condición de turista estaba unida a aquel que era el promotor de su propio viaje (típico caso del que solicitaba de la agencia de viajes la elaboración de un viaje “a medida”) pero la evolución llevó a la aparición y consolidación de una actividad económica vinculada a la prestación de servicios turísticos por parte de empresas dedicadas a ello específicamente (*touropedor*) y entre estos servicios una de las prestaciones normales es el transporte. De ahí el enlace de ambos conceptos en la realidad práctica. Ello es así porque el elemento característico de dicha concepción es justamente que se trata de actividades que se relacionan con el desplazamiento y la permanencia de la persona fuera de su domicilio²⁷, no considerándose determinante la motivación por la que dichas actividades se efectúan (motivaciones lucrativas) puesto que la concepción de turismo y de turista no puede descansar en la motivación subjetiva del viajero²⁸. De tal manera, y en ello coincide con la idea de pasajero, será turista cualquiera que reciba un servicio turístico sin que tenga que tener una finalidad de entretenimiento o recreo puro, sino que puede ser un turismo de negocios, de congresos, etc. y no por ello dejará de ser turista. A este turista se le aplica la normativa de defensa de consumidores y usuarios porque se estima que, en todo caso, tiene dicha condición haciendo abstracción de la actuación en su propia actividad profesional o no. Por consiguiente, se asimila al consumidor, aunque

26 El R.D. 1621/2005, de 30 de diciembre, que desarrolla la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección de las familias numerosas, estableció, por primera vez para el transporte aéreo en España, las bonificaciones que pueden disfrutar las familias numerosas para el transporte nacional por ese medio.

27 FERNÁNDEZ PÉREZ, N. “El turismo como fenómeno objeto de regulación” en AAVV, FRANCH FLUXÀ, J. Dir. Manual de contratación turística, Atelier, Barcelona 2015, p. 34.

28 Idem, citando a AURIOLES.

no coincida con su nota característica fundamental de realizar la actividad fuera de su ámbito profesional.

Otra característica común entre pasajero y turista es que en ambos casos nos encontramos con situaciones de especial vulnerabilidad en la medida que la persona se encuentra fuera de su lugar de residencia habitual y sometida a un medio que puede resultarle extraño o incluso hostil (muchas personas padecen miedo a volar). Ello hace que desde antiguo se haya considerado que el transportista asume un deber de protección del viajero mientras se encuentra en el medio de transporte por haber quedado bajo su dirección, lo que nos lleva a afirmar que al pasajero se le considera con carácter general consumidor por el hecho de que tiene que tener ese mínimo de protección²⁹.

Pero estos conceptos también se matizan por la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viajes vinculados, por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 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 supone un cambio de orientación considerable en la concepción del viajero. La norma europea ha dado lugar a una nueva redacción del Libro IV del TRLGDCU que se produjo como consecuencia del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, que incorporó al Derecho español el régimen contenido en la misma si bien con un considerable retraso³⁰.

Resulta interesante resaltar el considerando 7 del texto de la Directiva (UE) 2015/2302, en el que se indica:

“La mayoría de los viajeros que contratan viajes combinados o servicios de viaje vinculados son consumidores en el sentido del Derecho de la Unión en materia de defensa de los consumidores. Al mismo tiempo, no siempre es fácil distinguir entre los consumidores y los representantes de las pequeñas empresas o profesionales que reservan viajes relacionados con su negocio o profesión a través de los mismos canales de reserva que los consumidores. Dichos viajeros necesitan a menudo un nivel de protección similar. En cambio, hay empresas u organizaciones que elaboran sus fórmulas de viaje sobre la base de un convenio general, celebrado a menudo para múltiples fórmulas de viaje para un período específico, por ejemplo, con una agencia de viajes. Este último tipo de fórmulas de viaje no requiere el nivel de protección previsto para los consumidores. Por lo tanto, la presente Directiva solo debe aplicarse a los viajeros de negocios, incluidos los que ejercen profesiones liberales, o a los trabajadores autónomos u otras personas físicas, en la medida en que no organicen sus viajes sobre la base de un convenio general. Para evitar la confusión con la definición del término «consumidor» utilizado en otros actos legislativos de la Unión, procede referirse a las personas amparadas por la presente Directiva como «viajeros».”

En congruencia con este planteamiento, el art. 2, 2 letra c de la Directiva excluye del ámbito de aplicación de la misma solo “los viajes combinados y los servicios de viajes vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines

29 PUETZ, A. y BLEDA RODRÍGUEZ, J. “Los contratos de transporte de pasajeros” en AAVV, FRANCH FLUXÁ, J. Dir. Manual de contratación turística, Atelier, Barcelona 2015, p. 138.

30 Acerca de la adaptación vid. ZUBIRI DE SALINAS, M.; MARCO ARCALÁ, L.M. y JARNE MUÑOZ, P. El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión”³¹. De tal manera que los empresarios o profesionales que contraten utilizando las vías propias de los consumidores quedarán amparados por la normativa de los mismos³².

La norma opta por el término “viajero” al que define en el art. 3. 6 como “toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”. En idéntico sentido el art. 151, 1 letra f del actual TRLGDCU. Por lo que en el momento presente la norma europea y la española comprende en la definición de viajero tanto al que contrata³³ como el que efectúa de hecho el viaje y en todas estas acepciones el viajero tiene la consideración de consumidor o usuario³⁴. En este concepto amplio se encontraría amparado todo aquel que contrata el viaje, independientemente del motivo por el que lo hace, siendo indiferente que sea por un motivo de puro ocio o por cualquier otra razón. Ello supone que el concepto de consumidor se amplía en este ámbito de los viajes combinados de manera que va más allá de la configuración prevista con carácter general en la norma española (art. 3 del TRLGDCU), y podría abarcar a las personas jurídicas que contraten el viaje para un empleado suyo, aunque sea con un motivo profesional. En consecuencia, se reconoce en esta materia de los viajes combinados un concepto especial y con un périmetro de aplicación mayor que el concepto legal y general de consumidor, porque no exige que se actúe en un ámbito distinto de la actividad profesional.

Por otra parte, desde el punto de vista de la responsabilidad, la Directiva (UE) 2015/2302 modifica el criterio anterior relativo a los viajes combinados. Tanto la Directiva de 1990 sobre viajes combinados (art. 5) como la LGDCU de 2007 (en su versión anterior a la reforma de 2018) en su art. 162, fijaban la responsabilidad de organizadores y detallistas “en función las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión de los viajes combinados”³⁵. La nueva directiva concentra la responsabilidad en el organizador por la ejecución de los servicios.

En este sentido el art. 13 de la Directiva (UE) 2015/2302 indica que:

“Los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios

31 En el mismo sentido se establece en el art. 150,2, letra c del TRLGDCU español.

32 En este punto la norma discrepa de lo reconocido en otros ámbitos como, por ejemplo, ocurre en materia de contratación electrónica en la que se determina la falta de aplicación de determinadas normas de protección cuando la contratación se ha efectuado entre empresarios. La norma reguladora del comercio electrónico en España excluye la necesidad de enviar comprobante de la contratación por medio de correo electrónico (art. 28 LSSICE Ley 34/2002, de 11 de julio) o la información previa a contratar (art. 27) cuando “ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor”. Es curioso que una norma que regula, específicamente, el comercio electrónico considere innecesarias la adopción de determinadas cautelas justamente porque no es un consumidor. Sin embargo, serán precisas estas acciones de protección si es el contratante de un viaje o servicio combinado, aunque sea un empresario. Es particularmente resaltable la diferencia, si tenemos en cuenta que el origen de la nueva directiva sobre viajes combinados fue justamente adaptar esta normativa a la nueva situación creada por la masiva utilización de Internet a la hora de contratar viajes y la sustitución de las labores propias de las tradicionales agencias de viajes por la elección y contratación de los “paquetes turísticos” por los propios viajeros. En este sentido vid. PEINADO GRACIA, J.I. “La protección del pasajero en el contrato de viaje combinado y en la prestación de servicios asistidos de viaje: la responsabilidad del transportista aéreo y de los operadores turísticos”, en AAVV GUERRERO LEBRÓN, M^a J. (Dir) La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2015, p. 514 y ss. La Directiva establece un sistema de mayor protección para los viajes combinados que se aplica una vez efectuada la transposición al Derecho interno español.

33 La redacción anterior de la norma española denominaba “el contratante principal”. La primitiva directiva de 1990 (Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados) efectuaba esa triple distinción, y así fue acogida por la normativa interna española que distinguía entre el “contratante principal”: la persona que contrata el viaje combinado con la agencia que puede ser una persona física o jurídica pero el viaje siempre lo tiene que efectuar una persona física; el “beneficiario” que es la persona física a cuyo nombre o a favor de la cual se realiza el contrato; y el “cesionario” que será el que efectuará el viaje en lugar de la persona inicialmente prevista siempre que se den las circunstancias previstas en la propia norma jurídica.

34 El art. 3 de la LGDCU al que hemos aludido supra establece un concepto general “sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto”, por lo que el concepto de consumidor de viajes combinados coincide con el de viajero.

35 El art. 5 de la Directiva de 1990 se refería a la “responsabilidad respecto al consumidor por la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato recaiga en el organizador y/o en el detallista con independencia de que dichas obligaciones las deba ejecutar él mismo u otros prestadores y sin perjuicio de poder actuar contra ellos”.

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”.

En definitiva, el criterio es el de la responsabilidad del organizador frente al viajero. Ello es así sin perjuicio de que pueda repetirse contra el prestador culpable, aunque la nueva norma comunitaria no lo menciona expresamente a diferencia de lo que hacía la Directiva de 1990, de manera que el organizador queda obligado personal y directamente como una obligación propia y no subsidiaria del ejecutor de la prestación.

La reforma de la norma española, fruto de la adaptación al Derecho europeo, recoge este mismo criterio, pero sigue involucrando a los minoristas (es decir, a las agencias de viajes), estableciéndose una responsabilidad solidaria entre ambos. En el art. 161 del TRLGDCU se indica que: “1. Los organizadores y los minoristas de viajes combinados responderán de forma solidaria frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores”.

Sin perjuicio de que expresamente se sigue reconociendo que ambos pueden repetirse contra los causantes del incumplimiento o defectuoso cumplimiento. Sigue indicando el precepto: “Quien responda ante el viajero tendrá el derecho de repetición frente al empresario al que le sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado”. Esta extensión está permitida por la norma europea pero estimo que la adaptación extensa adoptada por el ordenamiento español puede haberse extralimitado y derivar efectos que pueden resultar perjudiciales para las agencias minoristas³⁶.

En consecuencia, con este sistema de responsabilidad la directiva de 2015 proclamó su compatibilidad con los derechos de los viajeros reconocidos en los reglamentos comunitarios, en especial, el reglamento (CE) nº 261/2004 y el reglamento (CE) nº 1371/2007. En el mismo sentido se adoptó por el Derecho español en la redacción del art. 162 del TRLGDCU. De manera que se reconoce que los viajeros la doble vía para poder presentar sus reclamaciones (al amparo de la Directiva o las normas internas sobre viajes combinados o de los reglamentos y convenios internacionales). Para evitar posibles enriquecimientos injustos, la indemnización que reciba el reclamante en virtud de cada una de estas normas se deducirá la una de la otra para evitar el exceso de indemnización. Es importante caer en la cuenta de que en el Derecho europeo el tipo de norma que habitualmente se utiliza para la protección de los consumidores ha sido la directiva. Sin embargo, en materia de transportes la norma usada por el legislador comunitario para la protección del viajero ha sido el reglamento. Ello se debe posiblemente a que la protección del consumidor se ha considerado como parte accesorio de otra política comunitaria: la de transporte³⁷. Pues bien, en la regulación sobre viajes combinados se enlazan ambas normas con la finalidad de evitar posibles enriquecimientos injustos.

Una vez examinada la regulación de los viajes combinados tanto a nivel de Derecho euro-

36 Vid. En este sentido de manera más extensa mi opinión en ZUBIRI DE SALINAS, M. “La responsabilidad del organizador y del minorista del viaje combinado” en ZUBIRI DE SALINAS, M.; MARCO ARCALÁ, L.M. y JARNE MUÑOZ, P. El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español Tirant lo Blanch, Valencia 2020.p. 188- 193.

37 GUILLÉN CARAMÉS, op. Cit. P. 127.

peo como español, el siguiente paso es observar en qué medida esta concepción del viajero ha influido en el Derecho de transportes y, especialmente, en el Derecho aeronáutico. A este respecto resulta de sumo interés la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3ª) de 17 de febrero de 2016 a cuyo comentario voy a dedicar la última parte de mi trabajo.

Esta sentencia declara aplicable el Convenio de Montreal, y, por tanto, al transporte aéreo, a un contrato de transporte internacional de personas con el empleador de los pasajeros. Con su criterio la resolución de Tribunal de Justicia de la UE se adelantó al momento de la necesaria aplicación de la Directiva 2015/2302 que era el 1 de julio de 2018 (art. 28, 2 Directiva 2015/2302) y además aplicó este criterio a un transporte aéreo, aunque no era combinado. Sin duda es una manifestación más la orientación del Derecho europeo de ir ampliando el concepto de consumidor y/o viajero propio de la protección de los consumidores a otros ámbitos y entre ellos al Derecho de transportes.

El supuesto de hecho que analiza la sentencia parte de un litigio entre Air Baltic Corporation AS y el Servicio Especial de investigación de la República de Lituania en la que esta última había contratado el transporte de dos de sus agentes por motivos laborales desde Vilnius (Lituania) a Baku (Azerbaiyán). Los agentes tuvieron que prolongar la duración de su desplazamiento laboral como consecuencia de haber llegado a destino con retraso y, como consecuencia de ello, la demandante tuvo que pagar una retribución adicional a los mismos en concepto de gastos de viaje y cotizaciones a la seguridad social. Esto es lo que reclama a la empresa transportista. La demanda es estimada por el tribunal de primera y segunda instancia lituano pero, al recurrir la empresa transportista al Tribunal Supremo de Lituania, este decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la interpretación de los art. 19, 22 y 29 del CM y si deben interpretarse en el sentido de que un transportista está obligado a responder frente a terceros, en particular en el caso planteado frente al empleador de un pasajero, por los desembolsos adicionales que haya tenido que soportar como consecuencia de un retraso.

La sentencia se pronuncia en sentido afirmativo partiendo de los siguientes razonamientos:

En primer lugar, que el art. 19 del CM establece el deber de indemnizar todo “daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga”. A juicio del tribunal el precepto tipifica el perjuicio indemnizable en función del hecho causante “pero no hace ninguna precisión en cuanto a la persona perjudicada” (28). De ello deduce que “puede interpretarse en el sentido de que no solo comprende el daño ocasionado a un pasajero, sino también el sufrido por un empleador” (29). Esto lo entiende así porque interpreta que la norma se refiere en sus versiones inglesa, española y rusa, al “daño causado por retraso” más que al daño “sufrido por los pasajeros” de la versión francesa del texto.

En segundo lugar, porque el art. 1 del CM relativo al ámbito de aplicación establece que se aplicará a todo transporte internacional de personas, entendiendo como tales personas a los pasajeros transportados. Este artículo del CM lo interpreta en relación con el párrafo tercero del preámbulo del convenio en el que destaca la importancia de asegurar la protección de los intereses de los usuarios del transporte aéreo internacional, “partiendo de la base de que el concepto de “usuario” a los efectos del Convenio, no equivale necesariamente al de “pasajero” sino que incluye, en su caso, a personas que no tienen el carácter de pasajeros porque no son transportadas” (38). De ello deduce que, del hecho de que el CM no incluya a las personas que contratan los servicios de un transporte aé-

reo internacional para transporte de sus empleados, no cabe inferir que dicho convenio no sea aplicable a tales empleadores y concluye que los daños sufridos por estas personas tienen cabida en el CM.

Esta sentencia puede tener sin duda una influencia importante para las compañías aéreas porque dicha interpretación “forzada” de las normas del CM puede tener consecuencias económicas cuantiosas para las mismas. Indudablemente, las cantidades abonadas a los trabajadores como consecuencia del retraso podrían haber sido reclamadas por los trabajadores/pasajeros a la compañía sin que hubiera planteado problema a la transportista acerca de su responsabilidad. Pero se trata de reclamación de pequeñas cantidades cuyas acciones no se ejercitarían en muchos casos por los particulares. Estos preferirían y verían satisfechos sus emolumentos acudiendo a reclamar a los empleadores y con base, posiblemente en las normas laborales, antes que tener que demandar al transportista. Sin embargo, si la indemnización se abona por la empresa que ha contratado el transporte a sus trabajadores (como ha sido el caso estudiado) y es ella la que reclama al transportista, será mucho más fácil que se ejerciten las acciones por parte de los empleadores, aunque sean reclamaciones de pequeña cuantía económica. E, indudablemente, muchas pequeñas pueden generar al final indemnizaciones muy grandes.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión podríamos indicar que los conceptos de consumidor y pasajero no son coincidentes en esencia, pero son conceptos interrelacionados desde antiguo puesto que el fundamento de esta obligación tuitiva del transportista sobre el pasajero es común a la política de protección de los consumidores en general.

En segundo lugar, dichos conceptos son dinámicos en cuanto que se encuentran en constante evolución y expansión. Ello se pone de manifiesto cuando se observa que la noción de consumidor se va extendiendo a las personas jurídicas y no solo a la persona física. Este concepto se amplía todavía más en el sector de transporte como se ha evidenciado en el estudio de las normas sobre viajes combinados que se ha efectuado. De tal manera que, como ocurre en otras cuestiones de Derecho privado, a medida que uno de ellos se amplía genera un mayor ámbito de aplicación del otro. Me estoy refiriendo a materias como la responsabilidad civil y el seguro en las que, a medida que se iba permitiendo asegurar la responsabilidad, se iba objetivando la misma. La espiral responsabilidad civil-seguro-responsabilidad civil iba generando que, a nuevos riesgos, mayor aseguramiento y la aparición de nuevos tipos de seguros de responsabilidad civil generaban nuevos criterios de imputación de la responsabilidad cada vez más objetivos.³⁸

La interrelación entre los conceptos de consumidor y pasajero supone que, a medida que uno de ellos se amplía genera un mayor ámbito de aplicación del otro y esto lo vemos reflejado en el concepto de viajero de la Directiva 2015/2302, que se ha visto reflejado en el Derecho español. Un tipo de consumidor (el viajero) amplía el concepto general de consumidor y su inercia extiende también el concepto de pasajero. Por tal se entenderá no es solo al que viaja materialmente sino el que contrata el transporte, aunque sea alguien que lo haga dentro de su actividad.

La responsabilidad será del organizador y, en el caso del Derecho español, también del

³⁸ En este sentido ya me pronuncié en mi obra *El seguro de responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2005, p. 58-59.

minorista (agencias de viajes) de forma solidaria. En estos casos, se amplía y facilita al viajero la determinación del responsable que en todo caso será el organizador. Pero si se reclama contra el transportista (que haya ejecutado la parte del viaje combinado que haya resultado incumplida) tendrán que coordinarse las indemnizaciones para evitar posibles enriquecimientos injustos.

Por consiguiente, en un caso como el planteado en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3ª) de 17 de febrero de 2016 si lo contratado hubiera sido un viaje combinado el Servicio Especial de Investigación de la República de Lituania podría reclamar contra la empresa organizadora del viaje los perjuicios causados con base en la directiva o en la norma interna lituana sobre viajes combinados. También estaría abierta la vía de la reclamación de los propios trabajadores (como viajeros) y con base en el CM y se les deduciría la indemnización que hubieran recibido por la otra vía de reclamación. Quid iuris si reclama el empresario por las normas de la Directiva y el trabajador pasajero por el reglamento comunitario. De reconocerles indemnización a ambos los perjuicios se pagarán dos veces y el que haya tenido que pagar resultará con una disminución patrimonial de difícil resarcimiento porque no habrá coincidencia de los que las han cobrado. Bien es verdad que la legitimación de la empresa solo surgirá si ha tenido que abonar, como ocurriría en el caso de la sentencia, gastos e indemnizaciones a sus trabajadores. Ello permite sugerir que la norma debería prever no solo las acciones sino también la coordinación de las posibles excepciones del sujeto responsable.

Otra tercera idea que me parece interesante resaltar es que, en el sector aéreo, a pesar de que expresamente no se piense en el consumidor, el nivel de protección del viajero debe ser semejante al del consumidor justamente por el propio interés y funcionamiento del mercado de transportes. Para el sector aéreo la protección del pasajero está en la base de funcionamiento del propio mercado de transportes independientemente de la condición de consumidores o no. Para que el mercado funcione y siga habiendo demanda de los servicios de transporte es necesario que las compañías amparen a sus viajeros, independientemente de que sean o no consumidores. Si además lo son es cuando se podría aplicar, como una adición, las normas de protección específicas de los consumidores. Esto llevaría a que no fuera necesaria la extralimitación de las reglas de transporte como se manifiestan en la sentencia comentada.

Por último, indicar que quizá fuera interesante para el propio sector modificar sus normas para tratar de manera distinta solo a aquellos que se encuentran en pie de igualdad en la contratación, es decir, adoptar a nivel de la regulación del transporte de personas el mismo criterio de excluir expresamente los viajes contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión, como indica la Directiva 2015/2302 en su considerando 7 y en el art. 2, 2 letra c. A modo de lo que se prevé para los vuelos chárter pero regulándolo específicamente para los viajes regulares³⁹.

39 En este sentido, ver DÍAZ RAFAEL, Gema; "La responsabilidad del transportista aéreo en la aviación ejecutiva o de negocios" 18-08-2016; Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico; Número 32 - Agosto 2016 Cita: RLADA-XX-380; <http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=103880&exacta=&palabra>.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV Hacia un código del consumidor, Manuales de formación continua 34 C.G.P.J. Madrid 2006.
- AAVV, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coord.) Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- AAVV, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Dir. CALZADA CONDE, M^a A. Dir. Adj.) Contratos Mercantiles Tomo I, 5^a Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- AAVV, (LLAMAS POMBO, E. Coord.) Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después, Instituto Nacional de Consumo, La Ley, 2005.
- AAVV, FRANCH FLUXÁ, J. Dir. Manual de contratación turística, Atelier, Barcelona 2015.
- AAVV, PORTO CORTÉS, A. Coord. Guía práctica sobre derechos de consumo, Thomson-Reuters, Valladolid 2012.
- BARBA DE VEGA, J. y CALZADA CONDE, M^a A., Introducción al derecho privado del turismo, Aranzadi Thomson-Reuters, 4^a Ed. Cizur Menor 2010.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "El concepto de consumidor" en AAVV Hacia un código del consumidor, Manuales de formación continua 34 C.G.P.J. Madrid 2006, p. 17-37.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. Apuntes de Derecho Mercantil, 15^a Ed. Cizur Menor 2014 y 22^a Ed, 2021.
- BOTANA GARCÍA, G. "Comentario al art. 1 de la LGDCU" en AAVV, (LLAMAS POMBO, E. Coord.) Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después, Instituto Nacional de Consumo, La Ley, 2005, p. 39-107.
- DÍAZ RAFAEL, G. "La responsabilidad del transportista aéreo en la aviación ejecutiva o de negocios" 18-08-2016; Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico; Número 32 - Agosto 2016 Cita: RLADA-XX-380; <http://www.rlada.com/articulos.php?idarticulo=103880&exacta=&palabra>
- GUILLÉN CARAMÉS, J. El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración, Civitas, Madrid 2002.
- LARA GONZÁLEZ, R. y ECHAIDE IZQUIERDO, J.M. Consumo y Derecho. Elementos jurídico-privados del Derecho de consumo, ESIC, Madrid 2006.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. Manual sobre protección de los consumidores y usuarios, Instituto Nacional de Consumo, Dykinson, Madrid 2003.
- POLO, E. La protección del consumidor en el Derecho privado, Cuadernos Civitas, Madrid 1980.
- REYES LÓPEZ, M^a J. Manual de derecho privado de consumo, La Ley, 2^a Ed. Madrid 2012.
- TORRES LANA, J.A., TUR FAUNDEZ, M^a N.; JANER TORRENS, J.D. La protección del turista como consumidor, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- ZUBIRI DE SALINAS, M. "El contrato de pasaje" en AAVV, (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Dir. CALZADA CONDE, M^a A. Dir. Adj.) Contratos Mercantiles Tomo II, 5^a Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 507-577.
- ZUBIRI DE SALINAS, M. El seguro de responsabilidad civil por daños al Medio Ambiente Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2005.
- ZUBIRI DE SALINAS, M. "La responsabilidad del transportista de personas en los Reglamentos comunitarios relativos al transporte aéreo, ferroviario y marítimo", Revista de Derecho de Transporte (Rdt) n^o 4; 2010, p. 67 – 100.
- ZUBIRI DE SALINAS, M.; MARCO ARCALÁ, L.M. y JARNE MUÑOZ, P. El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español Tirant lo Blanch, Valencia 2020.