



Roj: **SAP O 204/2016 - ECLI:ES:APO:2016:204**

Id Cendoj: **33044370062016100038**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **08/02/2016**

Nº de Recurso: **16/2016**

Nº de Resolución: **41/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00041/2016

RECURSO DE APELACION (LECN) 16/16

En OVIEDO, a ocho de Febrero de dos mil dieciséis. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D^a María Elena Rodríguez Vígil Rubio Presidente, D. Jaime Rianza García y D^a. Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

SENTENCIA N^o41/16

En el Rollo de apelación núm.16/16, dimanante de los autos de juicio civil ordinario, que con el número 119/15, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N^o10 de Oviedo, siendo apelante **Sara y DON Balbino**, demandantes en primera instancia, representados por el/la Procurador/a Sr./a Cobian Gil- Delgado y asistidos por el/la Letrado Sr./a Escandon Valvidares; y como partes apeladas **VIAJES KOUONI S.A.**, demandado en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a López González y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Infante Crespo y **VIAJES LONGORIA S.L.**, demandado en primera instancia, representado/a por el/la Procurador/a Sr./a Gonzalvo Rodríguez y asistido/a por el/la Letrado Sr./a Calderón Fernández; **ha sido Ponente el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado don Jaime Rianza García.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo, dictó sentencia en fecha 8-10-15, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que se DESESTIMA íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Cobián en representación de D. Balbino y Dña. Sara frente a la Viajes Kuoni, S.A representada por el Procurador de los Tribunales Sr. López y Viajes Longoria, S.L. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gonzalvo. Cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 2-02-16.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta al amparo del artículo 160 del R.D.Leg 1/2007 por reputar que el tifón llamado Haiyan que en los primeros días de noviembre de 2013 azotó las Islas



Filipinas había ido remitiendo paulatinamente mientras se desplazaba hasta Vietnam, hasta el punto que en la fecha de inicio del viaje contratado por los actores había quedado reducido a una tormenta tropical, que era una inclemencia habitual y perfectamente previsible en esa época, de modo que no justificaba el desistimiento unilateral de los demandantes momentos antes de la salida del avión que el 11 de ese mes debía transportarles a Hanoi, con la consiguiente pérdida del importe abonado.

Interponen recurso estos últimos por error en la valoración de la prueba sobre las noticias disponibles en los instantes previos a la partida sobre la trayectoria y virulencia del fenómeno meteorológico en cuestión, que no eran otras que en las horas siguientes afectaría a la zona de llegada y había motivado que el gobierno vietnamita hubiera impuesto como medida precautoria la evacuación de la franja costera, pues ni la agencia ni el mayorista tenían abiertos canales de comunicación que desmintiera aquellos pronósticos, abstracción hecha de que afortunadamente estos no se hubieran hecho realidad y el tifón tocara tierra reducido a tormenta tropical; subsidiariamente invoca que la imposibilidad de contactar con las demandadas en las cuarenta y ocho horas antes de la señalada para el inicio del viaje les obligaba a indemnizarles cual si hubieran desistido con dicha antelación.

SEGUNDO.- Ciertamente el artículo comentado consagra el derecho de desistimiento del **consumidor** de un viaje combinado, aun cuando con límites y condiciones que se endurecen progresivamente en función de la proximidad que exista entre el momento en que comunique su decisión al organizador del viaje y la fecha de partida, en lógica consonancia con los mayores perjuicios que para el empresario genera un menor margen de reacción ante ese imprevisto.

Así tenemos que cuando el **consumidor** decline realizar el viaje contratado "abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 por ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por ciento entre los días tres y diez, y el 25 por ciento dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida."; la sanción más grave se produce de no presentarse a la salida, pues en ese caso "el **consumidor** y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido."

Sentado ese punto de partida constatamos que los actos propios de los demandantes excluyen la alternativa de la indemnización por desistimiento en las cuarenta y ocho horas inmediatamente anteriores al inicio del viaje porque su presencia en el aeropuerto internacional de Madrid Barajas el día 11 de noviembre de 2013 es incompatible con un hipotético desistimiento verificado dos días antes y evidencia que, no obstante la natural preocupación suscitada por la violencia y trayectoria prevista para el tifón, decidieron seguir esperando y agotar las posibilidades de realizar el viaje en función de que las noticias de última hora fueran más tranquilizadoras; en consecuencia examinaremos si el desistimiento de última hora estaba justificado recordando a este respecto que el artículo 160 del TRLGDCU exonera de toda responsabilidad al **consumidor** cuando "tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor."

TERCERO.- La doctrina conceptúa el suceso de fuerza mayor acudiendo a las siguientes normas: a) El criterio de la evitabilidad mediante la previsión, según el cual la fuerza mayor significa un obstáculo invencible, aun habiéndolo previsto, y b) el criterio de la producción del hecho, de acuerdo con el cual la fuerza mayor constituye un evento extraño al círculo o ámbito de la actividad de que se trata, en la que irrumpe como un obstáculo externo (rayo, huracán, inundación, etc.) así se pronuncian por ejemplo las sentencias de 20 de julio de 2000 y la de 4 de julio de 1983, reiterada en las de 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997, 20 de julio de 2000 y 15 de febrero de 2006.

En consecuencia se han incluido en aquel supuesto las catástrofes naturales de mayor magnitud descartando los fenómenos físicos habituales en la zona de que se trate y de intensidad media (STS de 28 marzo 1994, entre otras). En general, la existencia de vientos fuertes no puede considerarse una fuerza mayor, pues la experiencia enseña que es un fenómeno normal de la naturaleza perfectamente previsible a lo largo del tiempo, especialmente en determinadas zonas, por ello tan sólo cuando ese fenómeno alcance cotas fuera de lo común podrá merecer tal calificación y para eso el tribunal debe contar con datos bastantes, como por ejemplo el índice de recurrencia del fenómeno.

Pues bien, el tifón a que hicimos referencia alcanzó proporciones absolutamente extraordinarias, hasta el punto que algunas noticias afirman que fue el de mayor intensidad conocido hasta la fecha, y provocó una seria devastación a su paso por las Islas Filipinas; el pronóstico que se hacía en esas fechas es que a continuación se dirigiera a Vietnam donde se esperaba su llegada entre el 9 y el 10 de noviembre, razón por la cual el gobierno vietnamita había ordenado la evacuación de las poblaciones de la franja costera; sin embargo ese pronóstico falló porque el tifón perdió intensidad en ese trayecto de modo que cuando tocó tierra se había transformado en lo que los científicos consideran una tormenta tropical.



Ello no obstante lo que a nosotros nos toca examinar es si la decisión de los **consumidores** era fundada en función de la información de que disponían en el momento inmediatamente anterior al embarque, abstracción hecha de que finalmente la temida catástrofe natural no hubiera llegado a consumarse, pues la resolución unilateral del contrato no exige que los viajeros se expongan a riesgo para su vida o para su integridad física, ni que soporten incomodidades extraordinarias, como las que seguramente habrían tenido que sufrir si el tifón hubiera mantenido la trayectoria e intensidad pronosticada; en definitiva la resolución unilateral del cliente estaría perfectamente justificada si un viaje de recreo podía convertirse en un calvario, por mucho que otros pasajeros hubieran preferido arriesgarse a seguir el programa previsto.

Es sabido que la agencia de viaje y el mayorista responden in solidum frente al cliente y por ello trataremos de modo unitario la atención prestada a estos en los días inmediatamente anteriores al embarque; lo primero que resalta a este respecto es la escasa transparencia de una y otro, por más que los dos días previos a la partida coincidieran con fin de semana; así, pese a que cualquiera podría intuir la natural preocupación e incertidumbre que el devenir de los acontecimientos tenía que suscitar en sus clientes, ni la agencia ni el mayorista abrieron un canal de comunicación con estos, ni consta que hicieran un seguimiento del fenómeno para recabar información razonablemente fiable y distinta de la general que podían ofrecer los medios de comunicación al uso; es decir nada hicieron que pudiera disipar las dudas y recelos creados por el fenómeno meteorológico que nos ocupa y por tanto tampoco pueden protestar respecto de la fuente consultada directamente por los clientes, que fue la embajada de Vietnam en España por suponer que sería el organismo que podría informarles con mayor exactitud los acontecimientos de última hora.

Tampoco consta que en las horas inmediatamente anteriores al embarque el organizador estuviera en disposición de confirmar que el tifón se había transformado en una tormenta tropical, ni que el pronóstico más fiable fuera el de la tendencia a la remisión; por consiguiente este tribunal discrepa de la conclusión alcanzada en la instancia reputando justificada la resolución unilateral del contrato por lo que procede la devolución íntegra de lo pagado, más los intereses por mora desde la intimación conforme a lo dispuesto en los artículos 1.100 y 1.108 del Cc .

CUARTO.- Estimado el recurso, de conformidad con los artículos 394 y 398 de la L.E.C ., no se hará especial pronunciamiento sobre las costas causadas en la apelación imponiendo las de la instancia a las demandadas.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^{ña}. Sara y D. Balbino contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Oviedo en los autos de que este rollo dimana declaramos resuelto el contrato concertado con las codemandadas **VIAJES LONGORIA S.L.** y **VIAJES KUONI S.A.** condenando a estas al pago de **SIETE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO EUROS** (7.848 €), que devengarán el interés legal del dinero desde el 14 de abril de 2014 hasta la fecha de la sentencia de instancia, y dicho índice incrementado en dos puntos desde entonces; se imponen a las demandadas las costas de la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las devengadas en esta alzada.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/