



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS
DE VIAJES FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LOS
PRESTADORES EFECTIVOS DE LOS SERVICIOS
TURÍSTICOS**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales.**

Juan Pablo Pinto Guajardo

Profesor Guía: Arturo Aliaga Grez

SANTIAGO DE CHILE

2013

TABLA DE CONTENIDOS

<u>TABLA DE CONTENIDOS</u>	III
<u>RESUMEN</u>	VIII
<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
<u>I. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA</u>	1
<u>a. Exposición del problema</u>	1
<u>b. Objetivos de la investigación</u>	4
<u>(1). Objetivo general</u>	4
<u>(2). Objetivos específicos</u>	5
<u>II. BASES NORMATIVAS</u>	6
<u>a. Constitución Política</u>	6
<u>b. Ley N° 20.423 del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo</u> .	6

<u>c. Ley de Protección al Consumidor</u>	7
<u>d. Convenio de Bruselas del 23 de abril de 1970 relativo al Contrato de Viaje (“La Convención”)</u>	8
<u>e. La Directiva 90/314/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas (“La Directiva”)</u>	8
<u>d. Código Civil Chileno</u>	9
<u>III. HIPÓTESIS</u>	10
<u>IV. CONCEPTOS PREVIOS</u>	10
<u>CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJE EN EL DERECHO COMPARADO</u>	14
<u>1.1. RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL</u>	15
<u>1.2. RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIA DE VIAJE EN EL DERECHO INTERNO DE CADA ESTADO</u>	21
<u>A. Inglaterra</u>	21

<u>B. Argentina</u>	26
<u>C. España</u>	31
<u>D. Algunas conclusiones</u>	35
<u>CAPÍTULO II: LA RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJES EN EL DERECHO CHILENO</u>	36
<u>2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DEL AGENTE DE VIAJES</u>	37
<u>2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO</u>	42
<u>2.3. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CHILENO</u>	51
<u>A. La Buena Fe Contractual</u>	52
<u>B. La Autonomía de la Voluntad</u>	56
<u>C. Responsabilidad</u>	58

<u>2.4. RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJE EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.</u>	67
<u>A. Aplicación de la Ley de Protección al Consumidor</u>	68
<u>B. Principios del Derecho del Consumidor</u>	70
<u>C. El Artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor.</u>	79
<u>CAPÍTULO III: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJE EN CHILE</u>	84
<u>3.1. TRIBUNAL COMPETENTE</u>	85
<u>3.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1679 DEL CÓDIGO CIVIL.</u>	86
<u>3.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY N° 19.946.</u>	90
<u>3.4. ANÁLISIS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL CUAL FUE OBJETO EL ARTÍCULO 43 DE LA LEY N° 19.946.</u>	99
<u>CONCLUSIONES</u>	110

<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	114
<u>JURISPRUDENCIA</u>	121

RESUMEN

Las agencias de turismo responden directamente frente al turista por el cumplimiento de los prestadores finales del servicio, aunque éstos sean terceros respecto del contrato de viaje combinado. En el primer capítulo ahondaremos en la materialización normativa de esta premisa en el Derecho Comparado. En el segundo, conoceremos la realidad chilena y su estrecha relación con el Derecho del consumidor. Y en el tercer capítulo veremos como esto se manifiesta en nuestra justicia de policía local, ordinaria y constitucional.

INTRODUCCIÓN

I. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

A. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA.

Un ámbito poco explorado del impacto de la globalización en los países en vías de desarrollo, es el aumento de la capacidad adquisitiva de las personas para abrirse a otras posibilidades de gasto, distintas a cubrir las meras necesidades básicas, como es la posibilidad de viajar y conocer distintos parajes, sea dentro o fuera de su propia patria. Desde otro punto de vista, estos países, como Chile, que antes parecían desconocidos, se transforman en atractivos destinos turísticos para los extranjeros, dada su exposición en espacios políticos, culturales e incluso deportivos.

Coloquialmente, turismo siempre es mirado como un placer, y muchas veces, tratándose de determinados destinos, incluso de un privilegio. Sin embargo, este placer está cada vez más al alcance del bolsillo promedio. Y no sólo aparece como un ámbito de interés social, sino como

un área de fuerte interés económico. A tal punto, que nuestro país se vio en la necesidad de dictar una normativa jurídica particular que viniera a regular determinados problemas que surgen a partir de la actividad turística.

En específico, nosotros nos centraremos en el rol que juegan las agencias de turismo. Estas empresas son generalmente las que aparecen frente a los usuarios como los proveedores de determinados servicios turísticos. Por ello, resulta especialmente problemático resolver la cuestión sobre la responsabilidad de estas agencias cuando infringen sus compromisos contractuales y en especial cuando se producen faltas en los servicios turísticos por negligencias en el actuar de las empresas hoteleras, de transporte o de otra clase, que, en la práctica, son las que efectivamente prestan el servicio turístico. Esta tesis pretende dar una respuesta clara al turista respecto del tribunal ante el cual debe recurrir y el estatuto jurídico aplicable.

Cómo ya dijimos la problemática no ha sido ajena al Derecho chileno, donde el legislador ha tenido una especial preocupación por una actividad que considera fundamental para el desarrollo de Chile. El artículo

2 de la Ley 20.423 del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo, o simplemente “Ley de Turismo”, prescribe que “El turismo constituye una actividad estratégica para el desarrollo del país, siendo prioritaria dentro de las políticas de Estado, por lo que éste deberá promoverla de modo armónico e integral, impulsando su crecimiento sustentable en conformidad con las características de las regiones, comunas y localidades del país”.

Concordamos plenamente con el Mensaje del Presidente de la República al enviar esta iniciativa legal Congreso, en cuanto “un turista satisfecho, se traduce en mayor lealtad, crecimiento de los ingresos y de las fuentes de empleo principalmente en las regiones y, por lo tanto, mayor rentabilidad para el sector, desarrollo del país y bienestar para sus habitantes”¹. Pensamos, además, que el turista debe tener a su alcance las herramientas jurídicas más expeditas para poder hacer efectiva la responsabilidad civil de quien corresponda, en caso de encontrarse, el turista, insatisfecho con la prestación otorgada o incumplida.

¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.423 sobre Sistema Institucional de Desarrollo del Turismo, p. 8.

Esta preocupación por el turismo y por las relaciones jurídicas y comerciales que se origina en éste, ha sido no sólo materia de relevancia para el legislador, así y como veremos a lo largo de este trabajo, el mismísimo Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse al respecto, zanjando ciertos aspectos relevantes en esta materia.

B. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

(1). OBJETIVO GENERAL.

Demostrar que del análisis de la Ley N° 19.946, o “Ley de Protección al Consumidor”, además de la aplicación de los principios generales del derecho relativos a la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, las agencias de viaje son responsables por el incumplimiento de las prestaciones de los agentes (hoteleros, de transporte, etc.) que prestan los servicios turísticos en específico.

(2). OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1. En el primer capítulo, se evidenciará que la responsabilidad de las agencias de viajes por el incumplimiento de terceros no es sólo un problema nacional, sino que, como el turismo mismo, un asunto de relevancia transnacional, lo que ha llevado a dar soluciones de esa índole en el Derecho Comparado.

2. En el segundo capítulo, se abordará la respuesta que da el Derecho Chileno a la problemática en cuestión, la cual no dista de aquellas dadas en el ámbito internacional y en el derecho interno de cada país. Es más, concuerda plenamente con los principios de normas internacionales e incluso con reglas de determinados derechos nacionales.

3. En el tercer capítulo, se demostrará como la jurisprudencia chilena hace responsable directamente a la agencia de turismo por los incumplimientos del prestador final del servicio.

II. BASES NORMATIVAS.

A. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

El artículo 19 N° 21 asegura a todas las personas “el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

El Turismo es por supuesto una actividad económica y como lo ha establecido la ley, incluso estratégica.

Además, los numerales 22 y 24 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental serán analizados en las páginas finales de esta tesis.

B. LEY N° 20.423 DEL SISTEMA INSTITUCIONAL PARA EL DESARROLLO DEL TURISMO .

La Ley N° 20.423 del Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo, más conocida como “ley del turismo”, viene a dar cuenta que esta actividad es estratégica para el desarrollo económico de Chile, creando un nuevo marco orgánico para su desenvolvimiento, desarrollo y futuro.

C. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

La Ley N° 19.946 que establece normas sobre protección de los derechos del consumidor, más conocida como Ley de Protección al Consumidor, contiene un artículo clave, objeto de control constitucional, el artículo 43, que reza “el proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables”.

D. CONVENIO DE BRUSELAS DEL 23 DE ABRIL DE 1970 RELATIVO AL CONTRATO DE VIAJE (“LA CONVENCION”).

Cómo veremos en el desarrollo de la presente tesis, este convenio relativo al Contrato de Viaje entrega algunas luces interesantísimas respecto al estudio de la responsabilidad de las agencias de viaje.

En su artículo 2 establece que su campo de aplicación comprende “todo contrato de viaje concluido por un organizador de viajes o por un intermediario de viajes cuando su establecimiento principal o a falta del establecimiento, su residencia habitual, o el establecimiento por intermedio del cual el contrato de viaje ha sido concluido, se encuentra en un Estado contratante”.

Chile no ha ratificado este tratado.

E. LA DIRECTIVA 90/314/CEE DEL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (“LA DIRECTIVA”)

Esta directiva sin duda tiene un lugar trascendental en la regulación del contrato de viaje combinado en Europa, y como veremos, tiene también gran importancia didáctica para nosotros. El artículo 1 de esta normativa establece que tiene por objeto “la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados vendidos u ofrecidos a la venta en el territorio de la comunidad”.

D. CÓDIGO CIVIL CHILENO

El Código Civil chileno contiene interesantes normas sobre responsabilidad en su Libro Cuarto, tanto en “Los Efectos de la Obligaciones” (responsabilidad contractual) como en “De los Delitos y Cuasidelitos” (responsabilidad extracontractual). Especial importancia tendrá, además, el estudio de los artículos 1.546 y 1.679.

III. HIPÓTESIS.

Tanto las reglas de Derecho Internacional como las normativas específicas de cada Estado contienen tácitamente un principio jurídico consistente en tratar de evitar que el turista se encuentre en un estado de indefensión frente al incumplimiento en las prestaciones del tercero que contrata con el agente de viajes, contraparte del usuario en el contrato de viaje, y en especial, en el contrato de viaje combinado.

IV. CONCEPTOS PREVIOS.

Antes de adentrarnos de lleno en la temática propia de la responsabilidad de las agencias de viaje en aquellos casos en que el prestador final del servicio es el que falla, debemos tener absoluta claridad

sobre algunos conceptos y definiciones necesarias para la total comprensión del asunto.

La agencia de viajes ha sido definida por AURIOLES MARTÍN como una “empresa turística dedicada a intermediar entre los usuarios y los prestadores efectivos de los servicios turísticos”². Sin embargo, el profesor CONTARDO GONZÁLEZ, ha establecido que “hoy en día, más que intermediar, el agente organiza un conjunto complejo de servicios, el viaje combinado, prestados ya por la agencia misma, ya por otro; sin perjuicio que puedan realizar, al mismo tiempo, la actividad organizativa como de intermediación”³. Con todo, como veremos más adelante, esta función de intermediación, resulta esencial para configurar la imputabilidad de la agencia respecto de las faltas de los prestadores finales.

El contrato de viaje, según el artículo 1 de la Convención de Bruselas relativa al contrato de viaje, en adelante “La Convención”, “se refiere a un

² AURIOLES MARTÍN, A. 2002. Introducción al derecho turístico. Tecnos, Madrid, 2002, p. 126.

³ CONTARDO GONZÁLEZ, J. Responsabilidad Civil Contractual de las Agencias de Viajes. Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010, p. 31.

contrato de organización de viaje o bien a un contrato de intermediario de viaje”.

Ahora bien, es necesario que nos preguntemos qué es lo que el profesor CONTARDO GONZÁLEZ llama “viajes combinados”. Los viajes combinados, en términos sencillos, no serían otra cosa que los llamados “paquetes turísticos”. Sin embargo, el derecho internacional nos ayuda con algunas definiciones más precisas.

La Convención define el contrato de viaje combinado, en su artículo 1.2., como “cualquier contrato por el cual una persona se compromete en su nombre a procurar a otra, mediante un precio global, un conjunto de prestaciones combinadas de transporte, de estadía distintas al transporte o de otros servicios relacionados con él”.

La Directiva 90/314/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, en adelante “La Directiva” viene a definir propiamente el viaje combinado como “la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida a la venta con arreglo a un precio global,

cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia:

- a) Transporte,
- b) Alojamiento,
- c) Otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado”.

Efectuadas estas aclaraciones previas, estamos en condiciones de adentrarnos en el estudio de la responsabilidad de las agencias de viajes, tanto en el Derecho Comparado como en el Derecho Chileno.

CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE
VIAJE EN EL DERECHO COMPARADO.

La presente tesis busca enfocarse en aquellos casos en que el prestador final del servicio turístico, sea el hotel, la aerolínea, la empresa de buses, o cualquier otra, incumple con su respectiva obligación. El problema es especialmente interesante porque frente al consumidor, la contraparte contractual, cuando no se contrata directamente con el prestador final, es la agencia de viajes, y no el prestador efectivo del servicio, que sería tan sólo un tercero. La cuestión, en términos simples puede resumirse así: ¿es responsable o no la agencia?

1.1. RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La Convención contiene una norma que regula, con relativa amplitud, el problema expuesto en estas páginas. Su artículo 15 prescribe que:

“1. El organizador de viajes que hace efectuar por terceros prestaciones de transporte, alojamiento o cualquier otro servicio relativo a la ejecución del viaje o de la estadía, será responsable de todo perjuicio causado al viajero en razón del incumplimiento total o parcial de esas prestaciones, conforme a las disposiciones que las rigen. Idéntico criterio se seguirá ante cualquier perjuicio causado al viajero en ocasión de la ejecución de estas prestaciones, salvo si el organizador de viajes prueba que él se ha comportado como un diligente organizador de viajes en la elección de la persona que realiza el servicio.

2. Cuando las disposiciones mencionadas en el párrafo primero no prevean limitación de la indemnización debida por el organizador de viajes, esta indemnización se fijará conforme al artículo 13, párrafo 2.

3. En la medida en que el organizador de viajes ha indemnizado al viajero por el perjuicio que le ha sido causado, se subrogará en todos los derechos y acciones que el viajero pueda tener contra el tercero responsable en razón de este perjuicio. El viajero está obligado a facilitar el

requerimiento del organizador de viajes proporcionándole los documentos e informes en su poder y cediéndole, llegado el caso, sus derechos.

4. El viajero tendrá contra el tercero responsable una acción directa de indemnización, total o complementaria, por el perjuicio sufrido”.

Por su parte, la Directiva dictamina en su artículo 5.1. que “los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la responsabilidad respecto al consumidor por la buena ejecución de las obligaciones derivadas del contrato recaiga en el organizador y/o en el detallista que sean parte de dicho contrato, con independencia de que dichas obligaciones las deban ejecutar él mismo u otros prestadores de servicios, y ellos sin perjuicio del derecho del organizador y/o detallista a actuar contra esos otros prestadores de servicios”.

De la sola lectura de estas normas no queda tan claro si se trata de un sistema de responsabilidad objetiva o subjetiva.

En primer lugar, se le permite al agente de viajes eximirse de responsabilidad mediante la prueba de la diligencia o cuidado, elemento

propio de la responsabilidad subjetiva, aquiliana o “por culpa”, pero que no juega ningún rol en la responsabilidad estricta, cuyo elemento esencial es la causalidad entre el hecho ilícito y el daño. En la Convención, la agencia debe probar que se ha comportado como un diligente organizador de viajes en la elección de la persona que realiza el servicio (culpa in eligendo). En la práctica, las exigencias probatorias, y lo limitado de la causal, podrían convertir al sistema en uno de responsabilidad objetiva. La Directiva en su artículo 5.2. le permite al agente excepcionarse de resarcir los daños, cuando estos sean producto de faltas observadas en la ejecución del contrato imputables al consumidor (culpa de la víctima), o imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato y revistan un carácter imprevisible e insuperable (en la práctica, al borde de configurarse el caso fortuito) o que se deban a un caso de fuerza mayor (caso fortuito propiamente tal). En este caso, ya no es tan claro que el sistema sea subjetivo, ya que los eximentes de responsabilidad se relacionan con el caso fortuito, elementos desvirtuador de la causalidad, y no con la diligencia, elemento desvirtuador de la imputabilidad.

En segundo lugar, podría existir un argumento más concreto para suponer que la responsabilidad civil de los agentes de viajes podría ser subjetiva y no estricta. Tanto la Convención como la Directiva le permiten al agente repetir en contra del prestador final de los servicios. Esta posibilidad sólo existe en los sistemas en los cuales se hace responsable subjetivamente a una persona por el hecho de otra, es decir, en los casos de presunción de responsabilidad por el hecho ajeno. Sin embargo, como estudiaremos en su momento, este derecho de repetición también existe en nuestro derecho, donde no existe duda de que la responsabilidad del agente como intermediario es objetiva.

En el ámbito internacional se ha optado por poner en una situación privilegiada al usuario de los servicios turísticos, dejando que las reglas de responsabilidad operen a su favor. Así, su contraparte contractual, la agencia de viajes, se hace directamente responsable de los daños causados frente a él, sin que pueda sino oponer defensas muy restrictivas. En la práctica, esta primera conclusión nos obliga a pensar que el sistema que

debe operar es objetivo, porque esa representa la manera más efectiva de proteger al turista.

Esto que podría ser considerado una confusión nuestra, no es sino una característica propia de las Convenciones de la Comunidad Europea, que en temas a veces delicados, dejan la puerta abierta para que los Estados Miembros adecúen sus legislaciones internas con cierta discrecionalidad y mayor latitud, pero siempre respetando sus principios específicos, lo que en este caso no es otra cosa que la protección del turista.

De hecho, la confusión puede ser incluso más amplia. Según BECH SERRAT, el artículo 5.1 de la Directiva “no se pronuncia exactamente sobre si será responsable contractual frente al consumidor del viaje el organizador, el detallista, o ambos a la vez, dejando la decisión de esta cuestión a cada legislador nacional”⁴, de manera que “este precepto ha renunciado a la uniformidad entre las regulaciones de los Estados miembros

⁴ BECH SERRAT, J. 2007. La responsabilidad contractual de los organizadores y los detallistas de viajes combinados. Universitat de Girona, p. 69.

en cuanto a la determinación de los sujetos responsables contractuales frente al consumidor”.

Más adelante, ahondaremos en la internalización española de estas normas.

1.2. RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIA DE VIAJE EN EL DERECHO INTERNO DE CADA ESTADO

A. INGLATERRA

En los sistemas del Common Law, como Inglaterra, la jurisprudencia es fuente formal del Derecho. Esa es la razón por la cual hemos decidido comenzar nuestro análisis de Derecho Comparado por este país; en atención a que la forma de tratar el contrato de viaje, y en especial el contrato de viajes combinado, no tiene que ver con el análisis de casos abstractos, sino

que de litigios que enfrentan a partes contrapuestas, resueltos en un primer momento por reglas de equidad y prudencia.

De hecho, en la isla se ha aplicado, a propósito de la responsabilidad de las agencias de viajes, la “teoría de los contratos paralelos”. Esta doctrina jurídica, acogida por la justicia inglesa, supone que debe efectuarse una separación entre la relación contractual consumidor-agente y la relación consumidor-prestador final. Esta disgregación existiría “en dos casos:

- a) Cuando la agencia de viajes señala expresamente en el contrato de viaje combinado que su actividad es de mera intermediación;
- b) Cuando del tenor del contrato se desprende que la actividad de la agencia de viajes llega hasta cierto umbral, como por ejemplo a través de la entrega por la agencia de viajes de algún documento emanado u oponible al prestador efectivo y aceptado por el

consumidor (v.gr. un ticket), o dentro del itinerario se señala que será recogido por una persona de *tal* empresa”⁵.

Por ende, en el caso inglés, el contrato celebrado entre el usuario de los servicios turísticos y la agencia de viajes no engendraría sino una obligación por parte del agente consistente en “intermediar” con el prestador final del servicio (la aerolínea o el hotel, por ejemplo). En otras palabras, se trataría de un contrato por el cual se promete el hecho ajeno. El agente de viajes cumpliría su obligación una vez que obtiene el consentimiento del prestador final del servicio, y desde ese preciso momento, la relación contractual queda vigente entre el consumidor y el prestador.

En Chile, la promesa de hecho ajeno se encuentra regulada en el artículo 1.450 del Código Civil, el cual establece que “siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítima representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa,

⁵ CONTARDO GONZÁLEZ, J. Op. Cit., p. 38

esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción contra el que hizo la promesa”.

El profesor LÓPEZ SANTA MARÍA, ha dicho que este “contrato no crea ningún derecho, y menos una obligación a cargo del tercero absoluto. El único que resulta obligado, en virtud del contrato a cargo de tercero, es el promitente, quien se compromete a obtener que otra persona acepte efectuar una prestación en favor del acreedor”⁶.

Recordemos que la pregunta esencial de esta tesis, es sí el agente debe o no responder antes el incumplimiento del prestador. Existiendo dos contratos completamente diferenciados, nunca puede hacerse responsable al agente de los incumplimientos del prestador, ya que aquél sería un tercero respecto de ese contrato, y porque en su momento pagó efectivamente sus obligaciones, logrando que el prestador consintiera en la celebración del contrato de prestación de servicios turísticos. La única responsabilidad que

⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, J. Los Contratos Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 259.

podría caberle al agente de viajes se relaciona con el incumplimiento de su obligación de obtener el consentimiento del tercero para que éste preste el servicio.

Este sistema de atribución de responsabilidad no supone la protección del turista y reduce enormemente las obligaciones de la agencia de viajes, eximiéndola incluso de la culpa in eligendo. Podemos afirmar entonces, que el derecho inglés supone que tanto el usuario, como el agente, como el prestador, se encuentran negociando en igualdad de condiciones, lo que, sabemos, no es válido para lo prescrito en la Convención y en la Directiva, que protegen al turista, ni para determinados derechos nacionales, como veremos a continuación.

Un sistema así concebido es inimaginable en el derecho chileno. No queremos adelantarnos en el análisis, pero desde ya dejamos una pregunta: ¿acaso en Chile es posible reducir tan drásticamente las obligaciones del agente de viajes, en atención a lo dispuesto en el artículo 1.546 del Código Civil?

B. ARGENTINA

En Argentina el turismo y sus alcances se encuentran normados por la Convención y por la Ley N° 18.829, ambas ya individualizadas. El ámbito de aplicación de esta ley se encuentra delimitado por su artículo primero, el cual prescribe que ésta regula:

a) las actividades de organización de viajes, con o sin inclusión de todos los servicios propios de los denominados viajes a forfait, en el país o en el extranjero,

b) las actividades de intermediación en la reserva o locación de servicios en cualquier medio de transporte en el país o en el extranjero, y/o la intermediación en la contratación de servicios hoteleros en el país o en el extranjero y

c) la representación de otras agencias, tanto nacionales como extranjeras a fin de prestar en su nombre cualquiera de estos servicios.

La doctrina argentina, criticando su jurisprudencia, ha establecido que esta ley no resuelve el problema, a pesar de estar expresamente dedicada al tratamiento de la actividad de las agencias de turismo, porque “fundamentalmente se ocupa de regular el ejercicio profesional de las agencias de viaje y no de tutelar los derechos de los usuarios. No hay duda que los servicios turísticos son servicios a consumidores”, por tanto debería aplicarse el artículo 37 de la ley 24.240 (o “Ley de Defensa de los Consumidores”, “LDC”), el cual “brinda importantes herramientas para imponer la interpretación más favorable al consumidor y establece la ineficacia de las cláusulas que impongan la inversión de la carga de la prueba”⁷. Otros autores, no hacen una distinción tan clara entre ambas normativas, pero de todos modos hacen aplicable la regulación protectora del consumidor. En este sentido, MABEL IVANEGA señala que “la ley 24.240 es de orden público, que no se opone al régimen específico, sino que lo complementa, en la medida en que establece condiciones más favorables

⁷ SILVESTRE, N. 2006. Responsabilidad de las Agencias de Viaje en Argentina. En: FACAL, J. (coord.). Derecho del Turismo. Uruguay, Fundación Bank Boston, p. 319.

a los viajeros. La complejidad del tráfico exige una protección al consumidor con base en la referida ley; por ello, cuando en determinadas circunstancias el tipo de comercialización no permite al consumidor comprobar a fondo los aspectos de las operaciones que realiza, asume lo que no pudo corroborar como un acto de confianza”⁸.

BARREIRO, afirma que “la aplicación de la ley 24.240 es ineludible, cualquiera sea el régimen de responsabilidad que plantee el ordenamiento particular de las agencias. Ello así, en razón de lo establecido por el art. 3ro. de la LDC cuando dispone ‘Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica’.”⁹

⁸ MABEL IVANEGA, M. Derecho Público y Turismo. Apuntes acerca de la protección al consumidor. En: Derecho Público y Turismo, p 39.

⁹ BARREIRO, K. Contrato de viaje – Responsabilidad de las Agencias frente a los usuarios, Disertación de la Dra. Karina Barreiro sobre el Contrato de Viaje y la responsabilidad de las agencias de acuerdo a las reformas proyectadas, en el marco de la Jornada de Análisis y Debate organizada por el Observatorio de Derecho del Turismo de la Facultad de Derecho UBA, p. 3.

En este punto, hemos puesto nuestra atención en una norma particular de la Ley de Defensa del Consumidor trasandina, y que más adelante veremos tal vez mucho más perfeccionada. Se trata del artículo 40, el cual dispone que “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Esta norma es mucho más acorde a la Convención, ratificada en el país trasandino, y supone que se pueda accionar en contra de la agencia, sin perjuicio de que ésta luego pueda repetir contra el prestador final por los daños efectivamente indemnizados.

SILVESTRE agrega que esta solución es la más acorde con las reglas de la Convención, y es precisamente la que pone en una situación mucho

más igualitaria al turista. Esto se debe a “que el turismo genera una pluralidad de sujetos actuantes, (y) el viajero se encuentra en muchas oportunidades ante la imposibilidad de individualizar al sujeto responsable. Por eso, las nuevas tendencias de protección del consumidor indican la conveniencia de la concentración de la responsabilidad en un sujeto solvente, que se encuentre cerca del domicilio del turista y responda por la actuación de los múltiples intervinientes en la prestación turística¹⁰.

Finalmente, existen autores mexicanos que se han atrevido a afirmar la completa inexistencia del derecho del turismo, como una regulación independiente, sin dejar de admitir que existen normas pertenecientes a otras ramas del derecho que tienen una evidente aplicación en el turismo. Se ha afirmado que “reconocer que el turismo no mantiene regulaciones exclusivas sino regulaciones objetivas y generales que se derivan de leyes y reglamentos mayores rechaza la idea de que exista un cuerpo normativo propio aplicable a la actividad turística, y por tanto un *derecho turístico*. Con ello se rechaza también el posible reconocimiento de autonomía

¹⁰ SILVESTRE, N. Op Cit., p. 320.

conceptual al supuesto derecho turístico, como algunos autores lo han sugerido”¹¹.

Exponemos esta problemática a esta altura del asunto, porque pareciera que para el sistema argentino esta aseveración también podría ser válida. En el caso chileno, esto sólo podría ser en cuanto a la esfera privada del Derecho del Turismo, como ya veremos, porque respecto su faz pública existe regulación especial reciente.

C. ESPAÑA

En España, durante algunos años, se tuvo que tener especial atención a lo dispuesto en la Orden Ministerial del 14 de abril de 1988, que desarrolla el Real Decreto de 271/1988, de 25 de marzo, regulador de las

¹¹ COLÍN, R., y MONTERRUBIO, J. 2009. La Inexistencia del Derecho del Turismo. Un análisis conceptual. *En*: Estudios y perspectivas del turismo, 18:727-740, p. 738.

Actividades de las Agencias de Viajes, en su artículo 2.1, el cual dispone que las agencias de viajes ejercen las siguientes actividades:

- a) “La mediación en la venta de billetes o reserva de plazas en toda clase de medios de transporte, así como en la reserva de habitaciones y servicios en la Empresas turísticas y particularmente en los establecimientos hoteleros y demás alojamiento turísticos.
- b) La organización y venta de los denominados “paquetes turísticos”. Se entenderá a este efecto por “paquete turístico” el conjunto de servicios turísticos (manutención, transporte, alojamiento, etc.) ofertado y proyectado a un precio global preestablecido.
- c) La actuación como representante de otras agencias nacionales o extranjeras para la prestación en su nombre y a la clientela de

éstas de cualquiera de los servicios enumerados en el presente artículo”.

Esta norma, según BECH le permitió a la doctrina y jurisprudencia españolas, antes de 1995, año en que en definitiva se reguló el contrato de viaje combinado, postular que las agencias de viaje, “al asumir la obligación de procurar al cliente la totalidad de servicios integrantes del viaje, en realidad se compromete a la ejecución de una obra. Al consumidor del viaje no le interesa que la agencia de viajes concluya diligentemente distintos contratos con los prestadores de los servicios sino, antes bien, el viaje como resultado”¹².

Este autor reafirma su posición, con la transcripción de una sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 13 de diciembre de 1993, la cual dictamina que “la doctrina mayoritaria se muestra absolutamente reacia a aceptar la tesis de que la obligación asumida por la agencia frente al cliente se agote con el despliegue de la diligencia adecuada, remitiéndose en cuanto

¹² BECHT SERRAT, J. Op. Cit., p. 65.

al resultado a la responsabilidad de quien preste directamente los servicios, sino que es criterio mayoritariamente consolidado el de estimar que la agencia responde también ante el consumidor de que el resultado contratado responda a los términos de la oferta”¹³ .

El 6 de julio de 1995 se dicta en la península una normativa mucho más acorde con los principios de la Convención, la Ley 21/1995 reguladora de los Viajes Combinados. Esta regulación, en su artículo 15 hace responsables a las agencias de viajes por el “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”. Según el mismo autor “este precepto hace responder al organizador en lugar de los prestadores de los servicios del viaje causantes materiales del daño sufrido por el consumidor, eximiendo a estos últimos de la obligación de responder personalmente frente al

¹³ Ídem.

consumidor.”¹⁴ Como se puede desprender tanto de la norma como de sus comentarios, nuevamente un sistema jurídico ha tratado de proteger al usuario por sobre a las agencias de viajes, entendiendo que existe un desequilibrio en las condiciones contractuales.

D. ALGUNAS CONCLUSIONES

Antes de examinar la regulación, doctrina y jurisprudencia chilenas, ya es oportunidad para anticipar algunas conclusiones que nos permitirán aseverar que el sistema jurídico chileno no se encuentra ajeno a la realidad internacional.

Con excepción del caso anglosajón, las regulaciones de carácter internacional, como la Convención y la Directiva, así como los derechos nacionales de España y Argentina, suponen balancear el problema de las responsabilidades de los agentes de viajes por las faltas de los prestadores finales a favor de la parte más débil, esto es, del consumidor del servicio, el

¹⁴ *Ibíd.*, p. 135.

cual sólo se enfrenta cara a cara en una relación contractual con la agencia. Con todo, sin perjuicio de lo anterior, se deja intacto el derecho de la agencia para accionar en contra del prestador que incumplió con sus obligaciones.

CAPÍTULO II: LA RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJES EN EL DERECHO CHILENO

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DEL AGENTE DE VIAJES.

En este primer apartado, buscaremos determinar si la naturaleza jurídica de la obligación del agente de viajes es de medio o de resultado,

cosa que resulta relevante de concluir para poder determinar la responsabilidad de estas entidades.

Ahora, nos podríamos preguntar cuál es la importancia de distinguir y a la vez determinar la naturaleza de medio o resultado que ostenta la obligación contraída por el agente de viajes. La respuesta está dada por determinar si existe o no incumplimiento.

Previo a entrar al análisis de lo anteriormente enunciado es necesario distinguir, conceptualmente, entre ambos tipos de obligaciones, por el grado de compromiso que adquiere el deudor. Esta nueva clasificación de las obligaciones, proviene de DEMOGUE¹⁵. Así las cosas, no todo deudor se obliga a lo mismo. Según ORREGO ACUÑA, “en algunos casos, el obligado se compromete a desplegar todas las conductas que razonablemente pueden exigirsele a cualquiera que esté en su situación, pero sin que pueda asegurar un determinado resultado. Tal ocurre con un médico que asume la responsabilidad de efectuar una intervención

¹⁵DEMOGUE, RENÉ: *Traité des obligations en general*. Librairie Arthur Rousseau. Paris, 1925, T.V.

quirúrgica o un abogado que asume la representación de su cliente en un litigio.”¹⁶ En este caso, entonces, estamos hablando de lo obligaciones “*de medios*”. MARCHANT las define como “*aquellas en que el deudor asume el deber de observar una conducta diligente para alcanzar el resultado deseado por las partes, que cede en beneficio del acreedor. El deudor cumple su obligación, sea que se cumpla o no la prestación convenida, a condición de que su comportamiento haya sido prudente y diligente.*”¹⁷

Ahora, y en la vereda del frente, el profesor ORREGO indica que la obligación “*de resultados*” supone que el obligado debe cumplir efectivamente con la prestación convenida. Así, son ejemplo de este tipo de obligaciones, el arquitecto que se obliga a construir una casa y entregarla “*llave en mano*” en cierto plazo; o, también, el transportista que se obliga a trasladar ciertas mercaderías a determinado lugar.¹⁸ En concordancia con lo

¹⁶ ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. 2013 Apunte electrónico. Teoría General de las Obligaciones. p.8

¹⁷ MARCHANT BUSTAMANTE, HELGA. Artículo “*Nuevo enfoque de la obligación y de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado*”, en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo “*Curso de Actualización Jurídica.*” *Nuevas tendencias en el Derecho Civil*” (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, año 2004), pág. 126.

¹⁸ ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. Op. Cit., p. 8.

anterior se las ha definido como *“aquellas en que el deudor se compromete a obtener la prestación deseada por el acreedor, de manera que si ese fin no se realiza el deudor incurre en incumplimiento.”*¹⁹

En la misma línea el profesor GIL, nos orienta en la materia, señala que “en las obligaciones de resultado el deudor se compromete a satisfacer el interés primario del acreedor, en cambio, en las obligaciones de medios, el deudor sólo se obliga a realizar un actuar diligente tendiente a la satisfacción de ese interés primario”²⁰.

En Chile, CONTARDO GONZÁLEZ, piensa que “en el contrato de viaje combinado la prestación misma del viaje es de resultado. La agencia de viajes no se obliga a realizar todo lo posible para que el viaje combinado se lleve a efecto, sino que derechamente se obliga a un todo”, sin perjuicio de que “hay algunos aspectos que pueden ser de medios, particularmente el deber de información y de asistencia de la agencia”²¹.

¹⁹MARCHANT BUSTAMANTE, HELGA. Op Cit. p. 126.

²⁰ GIL, R. 2007. Separata N° 6, Obligaciones de medio y de resultado. Material preparado para su curso de Civil III, Obligaciones, p. 2.

²¹ CONTARDO GONZÁLEZ, J. Op. Cit., p. 16.

Para MABEL IVANEGAS, “si la publicidad prometió que con una reserva se garantizaba el viaje, no se trató de una actividad de intermediación desarrollada por la empresa turística, sino de una obligación de resultado, pues se comprometió al logro de cierto objetivo legítimamente esperado”²². Y agrega que “cuando se promete un resultado (el desarrollo del viaje prometido) por el que se abonó un precio, no puede obligarse al viajero a indagar acerca de las subcontrataciones que la empresa organizadora realizó”²³.

BECH coincide, postulando que “al consumidor del viaje no le interesa que la agencia de viajes concluya diligentemente distintos contratos con los prestadores de los servicios sino, antes bien, el viaje como resultado. Aquél únicamente pretende evitarse las tareas de ideación y elaboración del viaje. Por ello, cabe entender que la agencia de viajes queda

²² MABEL IVANEGA, M. Op. Cit., p. 42.

²³ *Ibíd.*, p. 43.

obligada a satisfacer de forma directa e inmediata el interés del consumidor”.²⁴

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO.

Antes de adentrarnos en las normas propias que regulan la responsabilidad del agente de viajes ante el incumplimiento del prestador final del servicio turístico (hotelero, transportista, etc.), corresponde determinar cuál es la naturaleza, en Chile, del contrato de viaje y, en especial, del contrato de viaje combinado.

Ya hemos visto, que en la jurisprudencia de otros países se le ha otorgado determinada naturaleza jurídica. En Inglaterra, por ejemplo, en utilización de la teoría de los contratos paralelos, se ha considerado al contrato entre el agente y el turista-consumidor como una promesa de hecho ajeno, que se satisface una vez que la agencia obtiene el consentimiento del

²⁴ BECH SERRAT, J. Loc. Cit., p. 65.

prestador final, momento desde el cual éste queda como único responsable frente al usuario. En España, por su parte, se ha asimilado al contrato de obra regulado en el Código Civil hispánico, entendiéndose que el agente de viajes es responsable frente al usuario por el cumplimiento de un resultado determinado.

En realidad, existen distintas maneras de caracterizar el contrato de viaje combinado²⁵.

En primer lugar, se ha dicho que se trata de un mandato con representación, por el cual el agente se obliga, a nombre, riesgo y cuenta del usuario, a contratar determinados servicios finales con los prestadores efectivos de éstos. Esta concepción del contrato de viaje combinado resulta problemática, principalmente por dos cosas. Primero, según lo establecido en el artículo 2.158 del Código Civil, la obligación del mandatario consiste en una obligación de medios, por lo cual el agente no estaría obligado a que el viaje se realice, sino que a emplear todo lo que este a su alcance para que este se realice.

²⁵ CONTARDO GONZÁLEZ, J. Op. Cit., pp. 12- 14.

Así se ha sostenido reiteradamente, al establecer el inciso final de este artículo que “no podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa.”

BOETSCH GILLET sostiene que “el mandante no puede excusarse de pagar honorarios, de reembolsar gastos, anticipos o perjuicios a pretexto de que no resultó exitosa la gestión del mandatario. Es natural que así ocurra; el mandatario no se obliga a llevar al éxito el negocio que se le ha confiado, sino a poner lo que esté de su parte para conseguir tal resultado. No puede hacersele responsable del fracaso sino a condición de que provenga de su culpa, por no haber empleado en la gestión el cuidado de un buen padre de familia.”²⁶

Es evidente que desde la perspectiva del usuario, el viaje combinado debe ser una obligación de resultado, de otra manera queda en un estado de

²⁶BOETSCH GILLET, C. Apuntes. Los Contratos. Parte Especial. Facultad de Derecho UC., p. 224.

incertidumbre contractual. Y, segundo, ésta teoría desnaturaliza completamente el contrato combinado, porque en realidad no habría un solo contrato, sino que muchos contratos distintos, uno con el prestador de hospedaje, otro con la aerolínea, etc., eximiéndose el agente de viajes, como mandatario, por los incumplimientos particulares del prestador final, porque contractualmente sólo éstos quedan obligados frente al viajero.

En segundo lugar, algunos consideran que el contrato de viajes combinados en un arrendamiento de servicios personales. El problema aquí se repite. Nuevamente el agente de viajes estaría obligado a emplear la mayor diligencia debida (obligación de medio), pero no al viaje mismo (obligación de resultado). Sin querer ser insistentes, no podemos admitir que este contrato en particular engendre una obligación de medio, porque naturalmente el usuario está pagando el precio global para asegurarse el viaje, no un estándar de diligencia, lo que evidentemente deja a las agencias en una posición muy favorable, y que no se condice en nada con lo querido efectivamente por las partes al contratar.

En tercer lugar, incluso se ha tratado de simplificar al máximo el asunto, diciendo que se trata de una compraventa. Esta postura sirve para resolver la cuestión sobre la naturaleza de la obligación, ya que en la compraventa claramente las partes se obligan a un resultado. Según BARROS BOURIE, “la obligación del vendedor es tenida como una obligación de resultado, que sólo se entiende cumplida cuando se satisface debidamente el interés contractual del comprador. De esta calificación se sigue que el incumplimiento del vendedor no hace referencia a una calificación de su conducta. Incluso a nivel de la responsabilidad civil en sentido estricto, la excusa de diligencia tiende a ser mirada con recelo, porque la culpa del vendedor se muestra en el incumplimiento de su obligación calificada por el resultado (dar y entregar la cosa debida en tiempo y forma), de modo que para excusarse no basta probar diligencia. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (conocida por sus siglas en inglés CISG) ha contribuido a unificar el concepto de incumplimiento y a fortalecer como una obligación de resultado la de entrega y tradición del deudor.”²⁷

²⁷ BARROS B., Enrique. *Compraventa*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Apuntes de

Sin embargo, aunque podría ser admisible que la cosa que se adquiere es un derecho personal, que a su vez es una cosa incorporal, lo que podría caber en la hipótesis del artículo 1.810 del Código Civil, que prescribe que pueden venderse todas las cosas corporales e incorporales cuya enajenación no se encuentre prohibida por ley, debemos desechar esta teoría por ser extremadamente reduccionista. De ser admitida, incluso el arrendamiento sería una compraventa, porque se entrega dinero a cambio de la adquisición de un derecho personal.

En cuarto lugar, asumiendo una postura españolizada, se ha postulado que el contrato de viaje combinado tiene la naturaleza del contrato de confección de obra material, que sería lo más cercano en Chile al contrato de obra, o al contrato de locación de obra. Si bien esta teoría es útil, nuevamente, para constituir al agente como deudor de una obligación de resultado, resulta extremadamente dudoso que los servicios turísticos de transporte, hospedaje o cualquiera otro, puedan ser considerados como “obras materiales”, como si lo sería la construcción de una casa. Resulta del

todo evidente que la materialización del viaje no se reduce a detentar una cosa de carácter material, sino a disfrutar y detentar el uso de ciertos espacios destinados a la distracción y el descanso.

En quinto lugar, se puede decir que se trata de un contrato de promesa de hecho ajeno. Dada la postura que aquí hemos adoptado, es total y completamente inadmisibles esta caracterización del contrato de viaje combinado, porque una vez que se obliga al prestador final, el agente desaparece de la relación jurídica, transformándose en un tercero exento de cualquier responsabilidad frente al incumplimiento. Aunque ya ha sido zanjado este tema, recordemos que ejemplo de promesa de hecho ajeno es aquel vendedor de una casa que se compromete frente al comprador que el vecino derribará los árboles que tiene en su propiedad y que malogran la perspectiva de la casa comprada. Como lo deja en claro el artículo 1.450 del Código Civil, esta disposición, el tercero –el vecino que derribará los árboles- no adquiere obligación alguna por el pacto de las partes – comprador y vendedor-; sólo, adquirirá una obligación si concurre con su voluntad y ratifica, es decir, si aprueba o confirma lo que una de éstas

prometió obtener de él, quedará obligado, pero entonces la obligación emanará de su propia voluntad.²⁸ En definitiva las relaciones jurídicas se separan una entre el comprador y el vendedor y otra entre el comprador y el vecino, en el tema que nos convoca, entre la agencia y el cliente y entre el prestador final y el cliente.

Por otra parte las agencias de viajes han intentado separar su responsabilidad de la de los prestadores finales, mediante la figura de un mandato sin representación. Por ende, habría dos contratos, independientes entre sí. Estas defensas judiciales se han basado en lo prescrito por el artículo 318 y 323 del Código de Comercio. El primero establece la definición de comisionista de transportes. El segundo, prescribe que el primer comisionista desaparece de la obligación, siendo el segundo quien responde directamente frente al comitente, tal como pasa en los contratos de promesa de hecho ajeno. Dicha norma dictamina que “el comisionista intermediario toma sobre sí el cumplimiento de las obligaciones que contrae el comisionista principal respecto de su comitente”. Así, por ejemplo, la

²⁸ VODANOVIC H. ANTONIO. Manual de Derecho Civil. Vol. 2. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 2001., p. 261.

agencia de viajes no quedaría obliga frente al consumidor una vez adquiridos los ticket con la aerolínea, quien sería ahora el único obligado.

Finalmente, se ha postulado, como a nuestro juicio parece ser más correcto, que se trata de un contrato innominado. La discusión se centra en qué normas aplicarle a este contrato atípico. Para muchos, se trata de un contrato regulado por el derecho protector del consumidor. En este orden de ideas, GÓMEZ MANRÍQUEZ razona que “es este carácter de contrato celebrado por cuenta propia lo que le da sentido y justificación económica a la contratación del pasaje por intermedio de una agencia de viajes, ya que de lo contrario el consumidor podría optar por celebrar directamente el contrato con la propia línea aérea, evento en el cual debería soportar por sí mismo los efectos de un eventual incumplimiento del transportador”²⁹.

Nuestro Tribunal Constitucional, como profundizaremos en el Tercer Capítulo, ha fallado que el contrato de viaje es “un contrato innominado de prestación de servicios a cargo de un tercero, propio del ámbito de

²⁹ GÓMEZ MANRÍQUEZ, C. 2009. La Ley del Consumidor rige los contratos de las agencias de viajes. Derecho a desarrollar actividad económica. Reembolso no atenta contra derecho de propiedad. [en línea] Puntotex <www.legalpublishing.cl> [Consulta: 25 de abril de 2013], p. 2.

regulación del Derecho del Consumidor, por medio del cual el proveedor que se dedica profesionalmente a ofrecer prestaciones cuya materialización correrá a cargo de un tercero, contrae frente a su contraparte la obligación de responder por la cumplimentación de la prestación respectiva por dicho tercero (prestador final)”³⁰.

2.3. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CHILENO.

Ya adentrándonos en la realidad del Derecho Chileno, vamos a dividir el análisis en dos apartados, tratando de dar al lector una mirada clara y concisa de la responsabilidad que debe asumir el agente de viajes frente al incumplimiento del prestador final. En este apartado, veremos cómo determinados principios generales de nuestro ordenamiento jurídico nos dan una primera luz, en cuanto al estatuto jurídico aplicable. Sin embargo, es en el siguiente apartado donde creemos que se resuelve

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Causa Rol N° 980-2007, 13 de mayo de 2008, Considerando 11°.

derechamente el problema, lo que incluso ha llevado el debate a sede constitucional, como veremos en el siguiente capítulo.

En particular nos referimos a la buena fe contractual, la autonomía de la voluntad y la responsabilidad, en especial, por el hecho ajeno.

A. LA BUENA FE CONTRACTUAL.

El artículo 1546 del Código Civil establece que

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Es decir la buena fe objetiva o la buena fe lealtad, es el leal comportamiento que se tiene respecto de las partes en los contratos y en las relaciones jurídicas en general.³¹ Así las cosas el derecho no es un conjunto de normas de carácter objetivo, sino que también el derecho se recubre de otra serie de circunstancias, en donde por

³¹ VODANOVIC H. ANTONIO. Op. Cit., p. 92.

ambigüedad o ausencia de ley, es preciso resolver los conflictos por parte del juez, aplicando su criterio, el cual encuentra apoyo, en la buena fe. Este patrón normativo, constituye un estándar de actuación, que se va forjando por las situaciones que rodean la relación contractual. De esta forma la buena fe objetiva, importa comportarse, tal como se dijo anteriormente, lealmente durante todo el iter contractual, es decir desde las tratativas preliminares hasta incluso luego del término de la relación contractual.³²

Como bien ha expuesto el profesor CORRAL TALCIANI, como “consecuencia de la buena fe puede añadirse deberes a las partes cuando así se desprende de la naturaleza de la obligación principal o cuando lo imponen la ley o la costumbre”³³. Por ende, la buena fe objetiva no puede servir de argumento para reducir el crédito del turista y limitar la deuda del agente de viajes.

Esta norma es trascendental al momento de interpretar la voluntad de las partes al momento de contratar y, como veremos, también permea

³²LÓPEZ SANTA MARÍA, J. Op. Cit., p. 288.

³³ CORRAL TALCIANI, H. 2006. La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno. En: Cuadernos de Análisis Jurídico III, Temas de contratos, p 200.

fuertemente la legislación protectora del consumidor. A nuestro juicio, este principio nos permite sostener que la obligación del agente, dada su naturaleza, no puede ser sino que una obligación de resultado, en base a dos argumentos.

El primero de ellos tiene que ver con lo que las partes normalmente esperan de la celebración del contrato de viaje combinado. Al contratar un “paquete turístico” la intención del adquirente no es la de que el agente de viajes se comprometa a actuar diligentemente en su función de intermediario, sino que necesariamente debe obligarse al “paquete” mismo. No nos deja de parecer interesante, que el lenguaje coloquial, el natural, el que constituye una costumbre en los términos del artículo 1546 del Código Civil, “cosifica” la prestación del agente, entendiéndola siempre como un todo, como un “paquete”, como un resultado.

El segundo tiene que ver con la naturaleza misma de la obligación que adquiere la agencia de viajes por el contrato de viaje combinado. El contacto con los prestadores finales no es un trabajo que el usuario esté impedido de efectuar, o que le implicaría el conocimiento de una ciencia en

específico. He aquí un punto trascendental, porque generalmente las obligaciones de medio se entienden comprendidas en las tareas de los profesionales liberales, como el médico o el abogado. En ambos casos, se requieren conocimientos especiales para la ejecución de la prestación, la que por simple aplicación de la lógica y de las máximas de la experiencia cuenta con determinados imponderables que la mantienen siempre en un grado de incertidumbre.

Para complementar la idea anterior, acerca de la eminente preponderancia de la buena fe contractual el profesor BARROS BOURIE indica que “Ante todo resalta el creciente valor atribuido a la idea de confianza. De acuerdo al pensamiento de la ilustración francesa, los contratos deben ser interpretados según la voluntad real de las partes. Así surge, eventualmente, un conflicto de expectativas con la contraparte que confía en que la voluntad expresada sea también la efectiva. El derecho privado comparado muestra una evolución en el sentido de que debe tenerse en cuenta la confianza como elemento básico de las relaciones contractuales. La interpretación de los contratos, de acuerdo con patrones

preferentemente objetivos, es un reconocimiento de esta realidad. Vinculado a la idea de confianza está el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio de buena fe. El principio de buena fe ha sido empleado, entre muchos otros campos, para paliar los efectos de la desvalorización monetaria; para limitar el ejercicio abusivo de los derechos personales; para permitir que se rescinda (o resuelva) un contrato cuando han desaparecido las razones que evidentemente tuvieron en vista las partes para celebrarlo; para revisar jurisprudencialmente las cláusulas modificatorias de la responsabilidad; para determinar judicialmente obligaciones conexas con lo principal, pero que no han sido pactadas expresamente; en general para revisar, de acuerdo a pautas de buen sentido y de equidad, las condiciones generales de contratación.”³⁴

B. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El artículo 1.545 del Código Civil establece que

³⁴ BARROS BOURIE, E. Derecho y Moral. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 80, 1983, primera parte, p. 45 a 85. Lo transcrito, en págs. 52 y 57.

“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

La redacción de esta norma es importante, porque establece que el contrato es obligatorio para los contratantes, esto es, para las “partes”. En el contrato de viaje, las “partes” son el agente y el turista, pero no los prestadores efectivos del servicio turístico. De hecho, esta es la raíz del asunto, establecer la relación existente entre estos prestadores efectivos y el agente intermediario para efectos de determinar la responsabilidad que le cabe a éste por el incumplimiento de aquellos.

Con todo, de la sola lectura de esta norma, podemos concluir que el único responsable frente al viajero debe ser necesariamente la agencia de viajes, porque ésta es la única que se encuentra obligada por la relación convencional. La clase de responsabilidad por la cual se responde la analizaremos en el siguiente punto.

Finalmente, vale la pena poner especial atención al artículo 12 del Código Civil, el cual ha sido tradicionalmente enconado como la segunda

gran manifestación normativa del principio de autonomía privada. Esta norma establece que “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. No diremos más por el momento, para luego retomar su relación con la protección al consumidor.

C. RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad es un principio general del derecho chileno regulado, en términos generales, en dos grandes áreas. Los artículos 1.545 y siguientes del Código Civil regulan los “Efectos de la Obligaciones”, esto es propiamente la responsabilidad contractual. Los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil regula los “Delitos y Cuasidelitos”, es decir, la responsabilidad extracontractual.

En términos estrictos, la responsabilidad del agente debe necesariamente ser de carácter contractual, precisamente porque lo que se celebra es un CONTRATO de viaje. Esto es sin perjuicio de que puedan

producirse daños extracontractuales por parte de terceros durante la ejecución de dicho contrato.

Lo particular de esta situación es que se estaría respondiendo contractualmente por el hecho ajeno. Comúnmente el estudio de la responsabilidad por el hecho de otros se estudia en sede extracontractual a propósito de lo dispuesto en los artículos 2.320 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, existe una norma que abre la puerta a esta clase de responsabilidad en materia contractual.

Se trata del artículo 1.679 del Código Civil, el cual prescribe que

“En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsables”.

Tenemos que preguntarnos a esta altura dos cosas. En primer lugar, si esta norma efectivamente contiene una hipótesis de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, y en segundo lugar, cuál es el alcance de la frase “por quienes fuere responsables”.

PIZARRO WILSON es del pensamiento de que la “responsabilidad por el hecho de otro en sede contractual es una “finta” para considerar una genuina responsabilidad por el hecho propio, al haberse incumplido la obligación de seguridad. Para aquéllos que plantean una verdadera responsabilidad contractual por el hecho ajeno, la fuente de imputación al principal deudor no radicaría en su acto personal, sino en aquél del tercero por quien responde. Y, como es evidente, el deudor no respondería por cualquier tercero involucrado en la ejecución de la obligación contractual, dependerá si el deudor participó en dicha elección. Sólo en las hipótesis en que el deudor principal haya introducido –organizado– una ejecución mediante la participación de los terceros deberá responder por éstos”³⁵.

Por su parte, el profesor ZELAYA, es del pensamiento de que “la responsabilidad contractual por el hecho ajeno –y a diferencia de las responsabilidad extracontractual– no reviste mayores desafíos dogmáticos ni problemas prácticos, pues ya desde antiguo ha sido pacíficamente

³⁵ PIZARRO WILSON, C. 2009. Obligaciones y Responsabilidad Civil. Comentarios de Jurisprudencia. En: Revista Chilena de Derecho Privado 13, p. 242

aceptada y reconocida por la doctrina y jurisprudencia chilenas³⁶, aunque admite que nuestro Código Civil no contempló un principio general de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, sino que determinados casos específicos, como los de los artículos 1926, 1941, 2000, 2015 y, por supuesto el 1679.

Analizando todas las posturas anteriores, resta por determinar quiénes son estos terceros por los cuáles se es civilmente responsable, para luego poder determinar si las agencias de viajes en el contrato de viajes, caben o no en esta definición.

Existen tres formas de entender dicha disposición:

- 1) Desde una perspectiva restringida, el artículo 1.679 CC, al hablar de estos terceros por los cuales el deudor es civilmente responsable, sólo se está refiriendo a aquellos terceros por los cuales se responde en determinados casos específicos, como sucede en los artículos antes enumerados

³⁶ ZELAYA, Pedro. 2002. La responsabilidad civil por el hecho ajeno y el seguro. En: Revista Chilena de Derecho, 29 (1): 95-110, Sección Estudios, pp. 95 y 96.

(1.925, 1.926, 1.928, 1.941, 2.000, 2.014, 2.003, todos del Código Civil). Por tanto, no habría allí ningún principio general, sino sólo una remisión a las reglas que reconocen en particular la responsabilidad contractual por el hecho ajeno.

2) Otros postulan que debe aplicarse por analogía lo prescrito en el artículo 2.320 del Código Civil, que en su inciso primero dispone que “toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”. Esto, de acuerdo con la doctrina en general, no nos parece adecuado, porque supone aplicar en sede contractual una norma expresamente concebida para la regulación de la responsabilidad extracontractual.

3) Una tercera postura, mucho más interesante, supone que de la lectura sistematizada de todas aquellas normas que reconocen la responsabilidad contractual por el hecho ajeno en casos particulares, se desprende necesariamente un

principio mucho más general, por el cual “el deudor responde por el hecho de las personas a quienes emplea o le ayudan en el cumplimiento de la obligación, y así, el deudor responderá por el hecho de sus auxiliares (empleados, obreros, dependientes, etc.) o de las personas a quienes encarga que cumplan la obligación”³⁷.

Don RENÉ ABELIUK es partidario de esta postura, optando por “reconocer... la responsabilidad del deudor por el incumplimiento causado por dolo o culpa de sus dependientes y demás personas que el deudor emplee para el cumplimiento de sus obligación... Por otra parte, si se responde en la responsabilidad extracontractual de los hechos de los dependientes, no se ve por qué va a excluirse en la contractual”.

En concordancia con lo anterior INFANTE CAFFI sostiene que la aplicación literal del artículo 1.679 del Código Civil no se restringe a los

³⁷ ABELIUK MANASEVICH, R. 2001. Las Obligaciones, Tomo II, Cuarta Ed. Actualizada y Aumentada. Santiago, Editorial Temis, p. 140.

casos de pérdida o extinción de la especie o cuerpo cierto y, en todo caso, complementa la aplicación de las demás normas que se refieren expresamente a contratos nominados específicos. En primer término, el elemento lógico de interpretación de la ley (artículo 19, inciso 2° y 22, inciso 1°, del Código Civil), nos hace concluir que, para la debida correspondencia y armonía de las distintas disposiciones del Código, la solución interpretativa más adecuada es precisamente darle sentido y alcance generales al artículo 1.679. En efecto, las disposiciones de los artículos 2.320 y 2.321 del Código Civil (que regulan los casos de responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, estableciendo reglas generales a su respecto), del artículo 1.546 (que establece que el deudor, no sólo debe cumplir una prestación determinada a las que está obligado, sino que además su conducta debe respetar aquellas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación y las demás indicadas en el capítulo III precedente, hacen concluir que la debida correspondencia y armonía indica que el sentido y alcance del artículo 1.679 –como señalamos- son generales. En efecto, no se entiende por qué existen normas que establecen la

responsabilidad general por el hecho ajeno en materia extracontractual (artículos 2.320 y 2.321), y no las existen en materia contractual.³⁸

Para nosotros resulta crucial asumir esta posición, porque necesariamente los prestadores de los servicios finales son auxiliares, ayudantes o incluso sustitutos de la agencia de viajes, y por ende corresponde aplicarles con toda razón lo dispuesto en el artículo 1.679 del Código Civil.

El hecho de que en nuestro Código Civil existan reglas generales que hagan responsable a las agencias de viaje por el hecho de los prestadores finales trae consigo dos grandes consecuencias³⁹:

1. Una vez demandada la agencia de viajes para que responda por los perjuicios causados por el incumplimiento de los prestadores finales, no puede oponer la excepción de caso

³⁸ INFANTE CAFFI, H. 1999. El factor de atribución en la responsabilidad civil contractual por el hecho ajeno. Revista Derecho y Humanidades N° 7. p. 196.

³⁹ CONTARDO GONZÁLEZ, J. Op. Cit., p. 87.

fortuito por tratarse de un hecho de un tercero. Esto porque no se trata de un tercero en términos absolutos, sino que de un tercero por el cual la agencia es “civilmente responsable”.

2. En la práctica, siguiendo a PIZARRO WILSON, el agente de viajes tampoco puede dispensarse de su obligación de indemnizar alegando que no ha obrado con culpa in eligendo (incorrecta elección del prestador final) o in vigilando (falta de diligencia en la vigilancia del actuar del prestador final), porque ha asumido las obligaciones del prestador efectivo como suyas propias, por ende estaría siendo responsable por el hecho propio y no por el hecho ajeno.

En definitiva y como corolario de lo anteriormente expuesto, y con el fin de reafirmar la postura aquí tomada podemos decir que los factores de atribución de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, conocida como responsabilidad contractual indirecta, serán la culpa que

asume el agente de viajes al contratar con el prestador final (responsabilidad por el hecho propio), o bien la asunción del riesgo de la agencia al contratar con el prestador final, que lo hace responder por el hecho ajeno. Así las cosas, “y frente a la culpa –elemento netamente subjetivo- se ubicaría la situación de riesgo que el deudor contractual debe asumir por el hecho de haber celebrado el contrato, lo que implica una objetivización de las responsabilidad, pues hace surgir ésta aún cuando no haya precedido ni culpa ni dolo por parte del deudor e, incluso, aunque éste haya actuado con la mayor diligencia. Basta la situación de riesgo y la ocurrencia del hecho de un tercero que haga cierto el daño o perjuicio posible de acaecer, para que surja las responsabilidad del deudor.”⁴⁰

2.4. RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJE EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

⁴⁰INFANTE CAFFI, H. Op. Cit. p. 194.

A. APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

Hemos visto que tanto en el Derecho Europeo comunitario como en países vecinos, como Argentina, ante la ausencia de un estatuto de responsabilidad específico para las agencias de viajes, se ha optado por asumir que el usuario es un consumidor y que por ende merece cierta protección frente a las agencias de viajes.

Esta postura también es admisible en nuestro país. Como veremos más adelante con mayor detención, el artículo 43 de la Ley N° 19.946, o Ley de Protección al Consumidor, contiene una regla plenamente aplicable a los casos de responsabilidad por incumplimiento del prestador final en el contrato de viaje combinado. Recurriendo directamente a esta norma, perseguir las responsabilidades de los agentes se hace argumentativamente más sencillo y judicialmente más expedito.

Como anticipo, podemos afirmar desde ya que, en términos generales, la actividad realizada por los agentes de viajes se encuentra

dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Protección del Consumidor, toda vez que su artículo primero dispone que “la presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.”

La doctrina, en general, está de acuerdo con nuestra postura. GÓMEZ MANRÍQUEZ asevera, retomando el tema sobre la naturaleza jurídica del contrato de viaje combinado, que “el contrato por el que una persona compra un pasaje de avión a una agencia de viajes no es un contrato de comisión para comprar, de aquellos que regula el Párrafo 4 del Título VI del Libro II del Código de Comercio, en cuya virtud la agencia actúe frente a la línea aérea como mandatario del consumidor, recayendo en el patrimonio de éste los efectos de un eventual incumplimiento de la contraparte”. Y agrega, que “se trata, en cambio, de un contrato innominado de prestación de servicios a cargo de un tercero, propio del ámbito de regulación del Derecho del Consumidor, por medio del cual el proveedor que se dedica profesionalmente a ofrecer prestaciones cuya materialización correrá a

cargo de un tercero, contrae frente a su contraparte la obligación de responder por la cumplimentación de la prestación respectiva por dicho tercero (prestador final)”⁴¹.

B. PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Ya hemos visto como determinados principios generales del derecho se aplican en la problemática que estamos tratando. Una vez admitido que la regulación protectora de los consumidores es aplicable en la materia, podemos estudiar determinados principios propios de esta legislación. Este análisis nos permitirá reafirmar la aplicación de esta ley en el contrato de viaje combinado⁴².

i. El principio de irrenunciabilidad de los derechos.

⁴¹ GOMEZ MANRIQUEZ, C. Op. Cit., p. 2.

⁴² Para el análisis que efectuaremos a continuación, tendremos como hoja de ruta la Guía de alcances jurídicos de la Ley N°1946 para agencias de viajes y aerolíneas del Servicio Nacional del Consumidor.

En páginas anteriores, expusimos brevemente sobre la renunciabilidad de los derechos por aquel en cuyo beneficio se encuentran establecidos, consagrada en el artículo 12 del Código Civil. El artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor contiene una norma contraria, por la cual “Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores”.

Esta dicotomía, para nosotros, reafirma el hecho de que la Ley de Protección debe ser aplicada en la materia. Como vimos en el análisis de Derecho Comparado, tanto el Derecho Comunitario europeo, como las legislaciones de España y de Argentina, han admitido que el viajero se encuentra en una situación de desequilibrio (a lo menos probatorio) frente a la agencia de viajes, y que por ello merece una protección especial.

La ley de protección al consumidor es la que mejor comprende los casos de desigualdad entre proveedor y usuario, de otro modo no serían irrenunciables anticipadamente ciertos derechos. En cambio, el Código Civil si permite renunciar a los derechos, porque supone que todas las

personas se encuentran en una igualdad de condiciones al contratar, igualdad que a lo menos es formal.

Reafirmando la idea anterior podemos decir que “cabe destacar que los derechos y obligaciones emanados de dichas normas (Ley de Protección al Consumidor) son calificados dentro de la misma ley como irrenunciables anticipadamente, tal y como categóricamente lo indica el artículo 4 de la ya señalada Ley del Consumidor, ello debido al carácter protector de las mismas, y cuya finalidad es equilibrar las desigualdades de información entre el proveedor del servicio y el consumidor, a favor de éste último, como excepción al principio de libertad contractual y de autonomía de la voluntad establecido en el derecho privado, pero no por ello contraria a normas básicas del Estatuto Civil, tales como el artículo 1545 y 1546, disposiciones que en la especie son plenamente aplicables y de las cuales arrancan las reglas referidas en los fundamentos anteriores.”⁴³

ii. *La buena fe.*

⁴³ Décimo Séptimo Juzgado Civil de Santiago. Causa ingreso Rol N° C-20.424-2008, “SERNAC con Air Madrid”. Sentencia de fecha 30 de agosto de 2013. Considerando 9°.

En materia de protección al consumidor toma especial relevancia este principio que permea todo el derecho chileno.

No queremos ser repetitivos, pero en este punto vale recordar que al interpretar el contrato debe atenderse a lo querido por las partes, y en el contrato de viaje combinado el consumidor se obliga a pagar un precio global en atención a que va a conseguir efectivamente un viaje, y no sólo un actuar diligente del agente.

A mayor abundamiento, resulta ilustrativo lo sostenido en el considerando décimo séptimo de la sentencia referida en la nota 43, el cual sostiene “que el principio de la buena fe contractual, que es transversal a la ley sobre protección a los consumidores, entendido como el modo sincero y razonable con que las partes concurren a sus contratos, en otras palabras la rectitud, la intención de lealtad para con el otro, y que impone además mantener tal actitud desde el inicio de los tratos preliminares y hasta los momentos ulteriores a la terminación del contrato, de modo tal que, en un contrato, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse

a ella mas que a lo literal de las palabras, conforme a los criterios de interpretación contractual.”⁴⁴

iii. *Principio de veracidad y acceso a la información.*

A nuestro entender este principio, se entiende siempre, sin excepción, incluido en el contrato de viaje. Esto porque por la naturaleza del contrato, resulta evidente que el agente de viajes tiene “el deber... de publicar el valor total del bien o servicio que ofrecen, incluidos los impuestos correspondientes; el deber de informar sobre las bases de las promociones y ofertas y el tiempo o plazo de su duración y; todo lo relativo a la Información Básica Comercial y al deber de los proveedores de ponerla a disposición de los consumidores cuando una norma jurídica así lo establezca.”⁴⁵

iv. *Deber de informar.*

Directamente ligado con el principio anterior, está aquel principio del derecho del consumidor relacionado con los deberes de información del

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ SERNAC, Op. Cit., p. 3.

proveedor respecto del consumidor y de la autoridad. En específico, creemos que no puede ser más oportuno citar el artículo 45 de la Ley de Turismo, el cual prescribe que

“Artículo 45.- Sin perjuicio de lo establecido en la ley N° 19.496, serán obligaciones de los prestadores de servicios turísticos:

a) Informar a los usuarios sobre las condiciones de los servicios que ofrezcan, y otorgar aquéllos a que estén obligados según su clasificación, en las condiciones pactadas con el usuario, de acuerdo con la presente ley y sus normas complementarias.

b) Exhibir en forma y lugar visibles el precio de los servicios y el Sello de Calidad, si procediere.

c) Ocuparse del buen funcionamiento y la mantención de las instalaciones y los servicios y demás bienes usados en la prestación.

d) Garantizar en las instalaciones y servicios la salud y seguridad de las personas y de sus bienes.

e) Velar por la preservación del patrimonio turístico que sea objeto de su actividad.

f) Tratándose de las empresas o agencias que organicen viajes o estadias con objetivos turísticos, poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo que señale la oferta sobre el viaje a contratar, especificando los servicios y actividades incluidas y sus características”.

En definitiva el deber de informar no es otra cosa que la obligación de la agencia de viajes, respecto del cliente, de informar los datos, antecedentes o indicaciones sobre el respectivo bien o servicio ofrecido, en este caso el paquete turístico o las características y condiciones del contrato de viaje combinado, con la finalidad de que el acto de consumo responda efectivamente a las expectativas del consumidor.

v. *La integración publicitaria.*

Este punto es especialmente importante para la presente tesis, porque viene a determinar a qué se obliga el agente de viajes frente al turista cuando se celebra un contrato de viaje.

El artículo 1 número 4 de la Ley de Protección al Consumidor dispone que se entienden incorporadas al contrato las “condiciones objetivas” contenidas en la publicidad. El artículo 28 de la Ley establece las “condiciones objetivas” como las siguientes:

- i.- Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren;
- ii.- La idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante;
- iii.- Las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial;
- iv.- El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a la normas vigentes;
- v.- Las condiciones en que opera la garantía, y;
- vi.- Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable”.

Es evidente que ninguna publicidad ofrece “los medios” para poder efectuar un viaje, sino que directamente ofrece un determinado viaje. De hecho, al momento de hacer propaganda de un viaje combinado, es probable que la agencia trate de mostrar que el precio global es mucho más conveniente que la adquisición de los servicios turísticos en forma separada directamente del prestador final.

Por ende, tenemos la obligación de concluir que en el contrato de viaje combinado, el viaje como resultado es una condición objetiva; obligación que debe entenderse siempre integrada en el contrato, aunque las partes no lo hayan dicho expresamente en ese momento, justamente porque la agencia sí lo dijo expresamente con anterioridad, al ofrecer el “paquete” por la vía publicitaria.

En esta materia es ilustrativo el considerando vigésimo de la siguiente sentencia el cual señala que “en tercer lugar el principio de Integración Publicitaria, relacionado con los dos anteriores, se refiere a la relación existente entre la información entregada al público consumidor, dentro del contexto de un mensaje publicitario, y el vínculo contractual que

posteriormente puede llegar a ligar a un proveedor y un consumidor o grupo de consumidores, que igualmente fue infringido por la denunciada Air Madrid, puesto que al publicitar los pasajes vendidos para los periodos posteriores al 15 de diciembre del 2006, nada dijo a los consumidores en torno al evento o posibilidad de que tales vuelos no se realizaran, a pesar de la información que –como se acreditó- ya esas alturas manejaba la demandada.”⁴⁶

C. EL ARTÍCULO 43 DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

Si bien hasta aquí hemos establecido que las agencias de viajes aparecen como proveedores frente a los turistas-consumidores, y por ende se les aplica esta ley, no hemos resuelto plenamente qué pasa con esa relación proveedor-consumidor, cuando el que incumple no es directamente el proveedor, sino un tercero, como el prestador final. ¿Podemos aplicar la

⁴⁶ Décimo Séptimo Juzgado Civil de Santiago. Causa ingreso Rol N° C-20.424-2008. Op. Cit. considerando vigésimo.

ley en comento o sólo podemos utilizar las reglas generales sobre responsabilidad contractual por el hecho ajeno?

Como hemos venido anticipando desde la Introducción, el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor contiene una norma clave en la materia que estamos tratando. Esta norma dispone que

“El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables.”

Esta norma merece algunos comentarios.

En primer lugar, la redacción de la norma no puede sino recordarnos lo dispuesto por las normas europeas que regulan el contrato de viaje combinado. Tanto el artículo 15 de la Convención como el artículo 5 de la Directiva contienen normas muy similares. En este sentido, claramente busca que el consumidor no quede en un estado de indefensión frente al

daño que le puede provocar el tercero que contrato con el intermediario, que es precisamente su contraparte contractual.

En segundo lugar, el artículo 43 de la Ley N° 19.496 establece un régimen de responsabilidad objetiva. Lo cual implicaría “que el intermediario no puede excusarse en su responsabilidad por hechos que se encuentran en la órbita de control del prestador (efectivo) del servicio, como lo es el exceso de reservas. La responsabilidad del intermediario es objetiva, y por tanto no puede alegar que el hecho se ha producido sin culpa o dolo, por lo que no hay excusa de su responsabilidad. Sólo podrá, luego de responder frente al consumidor, repetir en contra del prestador como lo prescribe el mismo artículo 43”⁴⁷.

En tercer lugar, se debe determinar si efectivamente las agencias tiene un rol de intermediario. Si bien para algunos, la palabra “intermediario”, podría implicar que la agencia de turismo sólo se obligara en forma

⁴⁷ CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. La responsabilidad de las agencias de viajes por overbooking o exceso de reservas [en línea] La Semana Jurídica 29 (7)<www.legalpublishing.cl>[Consulta: 23 de abril de 2013]

limitada, la ley viene a resolver expresamente esta situación, haciéndola responsable por los hechos de los prestadores finales.

Podría ser problemático que estas agencias alegaran que no son intermediarios, sino que mandatarios o comisionistas. Sin embargo, el artículo 3 letra C del Decreto N° 222, que aprueba el Reglamento para la Aplicación del Sistema de Clasificación, Calidad y Seguridad de los Prestadores de Servicios Turísticos (mandato de la Ley de Turismo) se define a las agencias de viajes como una “organización comercial que actúa como intermediario entre el proveedor de servicios turísticos y/o tour operador y el usuario final o cliente, entregándole asesoría para la planificación y compra de su viaje” (énfasis agregado por nosotros).

Es decir, este deber de responsabilidad por la prestación final del servicio por el cual responde el proveedor o prestador efectivo (aerolínea, hospedería, etc.) que directamente vende el producto o presta el servicio, puede también extenderse al intermediario, en nuestro caso la agencia de viajes, toda vez que no es sino ésta quien aparece como contraparte en la relación de consumo frente al consumidor, y quien ha asumido el rol de

contratar en nombre de sus clientes los distintos contratos de servicios turísticos.⁴⁸

Así las cosas y a modo de síntesis, podemos decir que habiéndose celebrado un contrato de viaje combinado entre el agente y el turista, aquél es responsable de los daños sufridos por éste, causados por el prestador final del servicio, ya sea por aplicación de las normas generales relativas a la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, ya sea por la aplicación de las normas de la Ley de Protección del Consumidor que hacen responsable al intermediario por el actuar doloso o negligente de los terceros con que contrata.

⁴⁸ FERNÁNDEZ FREDES, F. "Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor", Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 63

CAPÍTULO III: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA
RESPONSABILIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJE EN CHILE

3.1. TRIBUNAL COMPETENTE.

Para el conocimiento del asunto en cuestión, pueden existir dos vías.
Ambas utilizadas frente a nuestros tribunales.

La primera opción, tal vez un poco anacrónica, puede ser recurrir a la justicia ordinaria, alegando responsabilidad contractual por el hecho ajeno. Por regla general, esta materia corresponderá entonces al conocimiento de los jueces de letras.

La segunda opción, que recomendamos por ser la más expedita, consiste en accionar ante los Juzgados de Policía Local, invocando la Ley de Protección del consumidor.

3.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 1679 DEL CÓDIGO CIVIL.

Como vimos en su momento, la doctrina (ABELIUK, ZELAYA, etc.) entiende que no existe mayor controversia en cuanto a la existencia en Chile de un estatuto de responsabilidad contractual por el hecho ajeno.

La jurisprudencia no se queda atrás, y se ha fallado que en base al artículo 1.679 del Código Civil “quien asume una obligación, implica en su cumplimiento no sólo su conducta y comportamiento, sino la conducta y comportamiento de las personas por quienes fuere responsable” y que “en el caso sub-lite si el deudor, para cumplir su obligación, contrata a su vez a

otro para ejecutarla, la culpa de éste se comprende en la culpa del primero”⁴⁹.

Nuestra jurisprudencia no sólo ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto en términos generales, sino que también en casos propios de la responsabilidad de las agencias de turismo por el hecho de los prestadores finales, especialmente cuando no se acciona teniendo como fundamento el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor.

En este sentido, ha fallado “Que el incumplimiento (de la agencia de viajes) consistió en que el día y hora del viaje los demandantes no pudieron embarcarse por cuanto no se había pagado el servicio de transporte aéreo, por parte de Trust Tour, y como la responsabilidad en el hecho o culpa del deudor, se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuer responsable de acuerdo al artículo 1.679 del Código Civil, es responsable la demandada por el incumplimiento causado por el tercero”⁵⁰.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de Ingreso N° 3180-2003, considerandos 12° y 14°. Cita Online Legalpublishing: CL/JUR/768/2008.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol de Ingreso N° 2143-2008, Considerando 3°. Cita Online LegalPublishing CL/JUR/1404/2009

Esta sentencia establece además que la indemnización no se limita a los daños puramente patrimoniales, “ya que el concepto de daño emergente, que emplea la norma del artículo 1.556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario sino también el extrapatrimonial o moral” (considerando 8º) y agrega que “la evolución de la jurisprudencia y la doctrina en este sentido la ha reiterado extensamente la Excm. Corte Suprema en sentencia de 15 de enero de 2008, causa rol N° 3070-2006.”

Compartimos plenamente la procedencia de la indemnización del daño moral en la materia, porque la experiencia del viaje muchas veces implica determinadas expectativas y derechos que son muy difíciles de determinar patrimonialmente, como la posibilidad de descansar, el tiempo de calidad que se puede pasar con los más cercanos, la experiencia cultural, la organización previa (que puede ser incluso de meses), o incluso la disposición mental que significa.

La justicia no sólo se ha pronunciado en casos en los cuales se produce un simple incumplimiento, como la no realización del vuelo por

parte de la aerolínea, sino también en casos en los cuales el prestador final comete un cuasidelito civil.

La Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado “que la responsabilidad del deudor absorbe o comprende, sin excepción, el hecho o culpa de la persona de quien se es responsable y por ende, el hecho o culpa del tercero debe considerarse como el hecho o culpa del deudor”, para luego apuntar que “en la especie, esto significa que la Agencia de Viajes debe responder del hecho o culpa de quienes conducían el bus en que la demandante viajaba al momento de producirse el accidente, careciendo de relevancia que hubieren sido sus propios dependientes o personas que haya contratado para el cumplimiento de tales fines, pues en definitiva la prestación del servicio es de cargo de la empresa que se obligó a otorgarlo y debe responder de cualquier circunstancia, comprendida dentro del ámbito de las actividades relacionadas con el viaje contratado, que cause daño a sus

usuarios o que entorpezca, o impida el cabal cumplimiento de la obligación contraída»⁵¹.

Finalmente, creemos que es interesante recalcar la naturaleza jurídica que le atribuye la Corte al contrato de viaje combinado, en ambas sentencias (ambas en su considerando 2°). Estos fallos establecen que la Agencia de Viajes se obliga por un precio determinado a prestar un servicio turístico que está compuesto por una serie de obligaciones tendientes a lograr que los demandantes, como pasajeros de un tour, realicen un viaje de agrado por un período determinado, en condiciones de comodidad y seguridad suficientes, para lo cual se entiende que ellos debían contratar los servicios de terceros que fueren pertinentes. En otras palabras, nuestros tribunales entienden que la agencia de turismo se obliga al viaje como resultado.

3.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY N° 19.946.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de Ingreso N° 766-2004, Considerando 3°. Cita Online Legal Publishing: CL/JUR/2840/2008.

Sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.679 del Código Civil, parece un hecho asentado en el derecho nacional, que la vía más expedita para responsabilizar a las agencias de viajes es invocar el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor ante la Justicia de Policía Local.

Antes de iniciar un análisis jurisprudencial un poco más detallado, expondremos el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, al aplicar este artículo, en el caso “Air Madrid”. En este fallo la Corte determinó “que el hecho establecido en el considerando 3° del fallo en alzada, evidencia el incumplimiento por parte de la denunciada de los servicios contratados por el reclamante al no proporcionarle el viaje de regreso Madrid - Santiago, por lo cual para resolver la presente controversia sólo resta analizar si la responsabilidad por tal hecho recae o no en la agencia de viajes denunciada” y consideró “que a la luz de las normas contenidas en la Ley N° 19.496 y en particular, a su artículo 1, la Agencia de Viajes Tije Chile S.A. detenta respecto del reclamante la doble calidad de proveedor e intermediario; la primera, ya que en virtud del contrato

pactado prestó a éste un servicio de asesoría para el viaje a realizar, y de intermediario, además, respecto a la prestación del servicio a efectuarse por un tercero, esto es, la línea aérea Air Madrid, consistente en el vuelo Santiago-Madrid-Santiago, mediante la adquisición por su parte de los tickets de vuelos respectivos, de los cuales sólo fue cumplido el primer tramo, no obstante haber adquirido por encargo suyo los boletos por el viaje completo”⁵². Este es un caso paradigmático de incumplimiento contractual por parte del prestador final (aerolínea Air Madrid), pero que por aplicación del artículo 43 debe responder frente al usuario el intermediario (Agencia de Viajes Tije Chile S.A.).

Sin embargo, no sólo existen condenas por incumplimientos en los servicios de transporte. Se ha fallado que la agencia de turismo “prestó el servicio con notable negligencia, ya que los contratantes nunca pudieron siquiera alojarse en ese hotel (el estipulado), sino en otros más pequeños, de

⁵² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Ingreso N° 1785-2008, Considerandos 1° y 2

menor calidad y por períodos cortos de tiempo, lo que hizo que constantemente tuvieran que estar cambiándose”⁵³.

Más en específico, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha entendido, respecto del sentido de este artículo, que “del tenor literal de la norma queda en claro, que la intención del legislador, en protección del consumidor, previó un régimen que permita a éste dirigirse directamente en contra de quien intermedió en la prestación de los servicios contratados, solicitándole que le indemnice los daños que le fueron provocados por el incumplimiento en la prestación de un servicio por parte de quien debió otorgarlo, servicio que por lo demás fue contratado por el proveedor intermediario. Se trata en consecuencia, de un régimen especial de responsabilidad establecido en beneficio del consumidor y que se aparta de las normas generales que regulan la responsabilidad en nuestro Código Civil, en que la parte obligada a responder por el incumplimiento es el

⁵³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de Ingreso N° 6428-2001, Considerando 3°.

contratante negligente o el autor del hecho ilícito, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual”⁵⁴.

Por otra parte la Corte de Apelaciones de Santiago enfrentó un caso en el cual otro pasajero, distinto al demandante, provocó un incendio haciendo naufragar la embarcación en la cual viajaban. La Corte rechazó, en segunda instancia, la demanda de autos, considerando “que, analizados los hechos al tenor de lo recogido en el fundamento de la sentencia apelada, sólo cabe concluir que en la especie se está frente a un accidente o caso fortuito que por su propia naturaleza, esto es, por su imprevisibilidad e irresistibilidad, no queda ni podría quedar incluido dentro del campo de la responsabilidad contractual”, y “resulta inaceptable hacer aplicación al caso de autos al artículo 43 de la Ley del Consumidor”, ya que “se observa que éste limita su alcance a la denominada responsabilidad contractual, es decir, de aquella que emana de un incumplimiento contractual y que ha generado perjuicios directos y previstos por las partes contratantes”. “De esta manera,

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol de Ingreso 863-2008, Considerando 14°. Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/6026/2008.

precisado el alcance de la norma legal citada cabe excluir su aplicación en casos derivados de hechos ilícitos”⁵⁵.

Ambas sentencias parecen establecer principios distintos en cuanto a si el artículo 43 de la Ley N° 19.496 tiene un alcance amplio (responsabilidad contractual y extracontractual) o restringido (sólo responsabilidad contractual).

La Corte Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, conociendo de un recurso de queja interpuesto por la parte demandante. El Máximo Tribunal de la Nación, determinó que la Corte de Apelaciones de Santiago no cometió ninguna falta o abuso, compartiendo su razonamiento en cuanto que “el artículo 43 de la Ley N° 19.496, hace responsable al proveedor intermediario por el incumplimiento de las obligaciones contractuales del prestador de los servicios, es decir, la indicada norma limita su alcance al incumplimiento contractual, de modo que no resulta aplicable a los casos de daños derivados de responsabilidad

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de Ingreso 6091-2006, Considerando 2°, 4° y 5°, Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/2350/2007.

extracontractual” y “que en este mismo orden de ideas, el perjuicio que reclama la demandante no deriva de la interrupción del programa turístico contratado sino de la situación generada como resultado del incendio, hecho éste cuya causa no se vincula a las obligaciones emanadas del contrato celebrado”⁵⁶.

Con todo el respeto que merece la Corte Suprema, creemos que el incendio, desde el juicio de reproche que se debe hacer a la agencia de viajes, debe ser tratado como un caso fortuito. Y que si la empresa naviera, el transportista, hubiera sido el culpable del incendio, este hecho ilícito, podría ser difícil de diferenciar en la práctica como una hipótesis de infracción a un deber de cuidado o de incumplimiento contractual. Admitiendo la posición de este Tribunal, que, con todo, parece la más acorde con la literalidad de la norma, nos parece que la infracción a un deber de cuidado por parte del prestador final, aunque se constituya en un hecho ilícito, debe ser considerado como un incumplimiento contractual, cuando impide la realización del servicio turístico. Como vimos, así se ha

⁵⁶ Corte Suprema, Rol de Ingreso N° 6038-2007, Considerados 3° y 4°. Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/1472/2008.

fallado para el caso de un accidente de tránsito, en donde ha recibido aplicación del artículo 1.679 del Código Civil.

Además, nuestra jurisprudencia ha limitado la aplicación esta norma sólo a los casos de responsabilidad civil. Esto quiere decir, que no es aplicable a los casos en los que se alega una infracción por la cual se reclama la imposición de una pena (multa) y no una indemnización. En este sentido, se ha fallado “que para dilucidar si la norma referida ha sido correctamente interpretada se hace necesario determinar su verdadero sentido y alcance, para lo cual se debe tener presente que en ella se establece que el proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables” y “que aparece así manifiesta la intención o espíritu con que el legislador incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la citada disposición, para atribuir responsabilidad al intermediario en una relación

de consumo, pero no para servir de fuente a obligaciones derivadas de hechos infraccionales”⁵⁷.

Así, la intención del legislador fue la de “que el consumidor no quede expuesto a una situación de indefensión, y para tal fin se ha previsto que pueda dirigirse directamente en contra de quien intermedió en la prestación del servicio que contrató solicitándole que le indemnice los daños que le fueron provocados por el incumplimiento en la entrega de un bien o en la prestación del servicio por parte de quien debió otorgárselo”⁵⁸.

Finalmente, en cuanto a la indemnización del daño moral, la jurisprudencia no ha sido tan determinante como en la aplicación del artículo 1679 del Código Civil, porque existe norma expresa que regula la materia. Así, se fallado que debe “tenerse presente que el artículo 3° de la mencionada ley (Ley N° 19.946), consagra como un derecho y deber básico del consumidor en la letra e) el derecho a la reparación e indemnización

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de Ingreso N° 5703-2007, Considerandos 4° y 5°. Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/6796/2007.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de Ingreso N° 5534-2007, Considerando 4°. Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/2937/2007.

adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea”⁵⁹.

3.4. ANÁLISIS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL CUAL FUE OBJETO EL ARTÍCULO 43 DE LA LEY N° 19.946.

Como vimos en el análisis precedente, uno de los casos más comentados en doctrina es lo que sucedió con un vuelo Madrid-Santiago, el cual no se efectuó, por quebrar la aerolínea Air Madrid. En uno de los juicios particulares que inicio uno de los afectados contra la agencia, y no directamente contra la aerolínea, el Juzgado de Policía Local⁶⁰ condenó a “Universal Agencia de Turismo Ltda.” en base al artículo 43 de la Ley N° 19.946. Ante esto, la agencia de viajes apeló ante la Corte de Apelaciones, y al mismo tiempo interpuso un recurso ante el Tribunal Constitucional para que ésta declarara inaplicable en la especie la norma citada.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol de Ingreso 863-2008, Considerando 14°. Cita Legal Legal Publishing: CL/JUR/6026/2008

⁶⁰ Causa Rol N° 60.776-8 del Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes.

El requerimiento establece que la aplicación en la especie del artículo 43 atentaría contra lo dispuesto en los numerales 21, 22 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

El artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica. Esta libertad se vería afectada en la especie por la interpretación que nuestros tribunales han hecho de la norma en comento porque “restringe el desarrollo legítimo de una actividad económica como es aquella que desarrollan las agencias de turismo en Chile, en tanto su condición de comisionista para la compra de pasajes aéreos, que a la sazón constituye, especialmente en las pequeñas y medianas empresas del rubro, un porcentaje gravitante cercano al 60 o 70% de su actividad o giro comercial total, (por ende) el pago de pasajes por incumplimiento contractual imputable a las líneas aéreas sólo conllevaría pérdidas patrimoniales imposibles de resistir por dichas medianas o pequeñas empresas”⁶¹.

⁶¹ Causa Rol N°980-2007 del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, fs. 39.

En palabras simples, el requirente alega que el hacer responsables a los intermediarios por el hecho de los prestadores finales es tremendamente injusta en términos económicos.

El artículo 19 N° 22 de la Constitución asegura a todas las personas la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. En este punto, el requirente alega aunque “el fallo impugnado reconoce el derecho a repetir contra Air Madrid, esa posibilidad no pasa de ser una ilusión, pues como se ha señalado no sólo no tiene mi representada título para verificar en la quiebra de la línea aérea, sino tampoco puede utilizar un procedimiento concentrado como aquel que faculta la LPC para el consumidor final”⁶².

El artículo 19 N° 24 asegura a todas las personas el derecho de propiedad. Según los requirentes, éste se vería afectado, según los requirentes porque “el hecho de imputar responsabilidades ajenas completamente a propósito de la aplicación del artículo 43 de la LPC, según lo expresa la sentencia impugnada, deja de manifiesto el enorme costo

⁶² *Ibidem*, fs. 45.

patrimonial que para mi representada, empresa mediana en el rubro del comercio de intermediación turística, ha de significar el cumplimiento de la sentencia definitiva, en abierta contravención a derecho según lo referido con antelación”⁶³. Habría entonces, una especie de expropiación ilegal sobre el patrimonio de la agencia de viajes.

Este último argumento, a diferencia de los anteriores, nos parece casi irrisorio, y lo vemos como un intento de victimización por parte de la agencia de viajes. Ya veremos cómo el Tribunal Constitucional se pronunció a este respecto.

A continuación, conoceremos cómo los recurridos, bajo la representación de la profesora Paulina Veloso, se defendieron de las argumentación realizada por los actores.

En primer lugar, cuanto a la infracción a lo dispuesto en el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, el recurrido apunta a que el recurrente no logra determinar en forma específica cómo se afecta su derecho a desarrollar actividades relacionadas con el turismo, y que el mismo artículo

⁶³ *Ibidem*, fs. 48.

establece claramente que las limitaciones “a desarrollar cualquiera actividad económica son la moral, el orden público o la seguridad nacional, **y las normas legales que la regulan**. Resulta que esta última, omitida por la contraparte al dar su argumento, resulta fundamental para la controversia, ya que nos entrega una respuesta directa a los límites que pueden restringir el derecho a ejercer una actividad económica, sin ser esto inconstitucional”⁶⁴.

En segundo lugar, tampoco habría infracción a lo prescrito en el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental, sencillamente porque no puede existir una discriminación, cuando las agencias y los turistas se encuentran en la práctica en situaciones desiguales. El recurrido agrega que “en ningún caso el consumidor final de un producto y el intermediario en esta relación se encuentran en situaciones de igualdad, ya que la información que poseen sobre el producto o servicio es completamente desigual monopolizando el intermediario... la totalidad de ésta” y “es justamente este desequilibrio el

⁶⁴ *Ibidem*, fs. 65.

que la LPC intenta tutelar, para efectos de equiparar las relaciones de consumo”⁶⁵.

Como ya hemos expuesto más arriba, pensamos que esta es la postura correcta al interpretar el artículo 43 en relación al contrato de viaje combinado. Este pensamiento no es minoritario. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, nuestra doctrina, la doctrina de países vecinos e incluso normas de Derecho Internacional o de derecho interno de otros Estados.

En tercer lugar, el recurrido busca recalcar lo ridículo o extremista que resulta el argumento de los requirentes para afirmar que se verían afectados en su derecho de propiedad. Aseguran que “resulta sin sentido argumentar que la aplicación de este precepto constituiría una suerte de ‘expropiación ilegal’, ya que la expropiación es un acto que realiza el Estado, para su beneficio o el beneficio público, a través de una ley, y no tiene relación con la responsabilidad civil de las partes en un acto de consumo”. De esta manera “siguiendo la lógica del recurrente, cualquier

⁶⁵ *Ibidem*, fs. 66-67.

responsabilidad emanada de una relación jurídica que resulte gravosa para una de las partes significaría entonces una ‘expropiación ilegal’ de los bienes que ha de pagar, lo que nos parece una contradicción”.

Nuestro Honorable Tribunal Constitucional, por sentencia de fecha 13 de mayo del año 2008, falló a favor de la declaración de constitucionalidad del artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor, rechazando el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la agencia de viajes.

Siguiendo el esquema que hasta aquí hemos construido, corresponde determinar los razonamientos que tuvo en vista el tribunal para fallar por la constitucionalidad de la aplicación en la especie del artículo 43 de la Ley N° 19.946, en relación con el artículo 19 N° 21 CPR. El Tribunal Constitucional estimó que el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, en primer lugar “no está concebido, naturalmente, en términos absolutos, sino que el propio constituyente se encargó de advertir que el libre emprendimiento de actividades económicas está supeditado a la observancia de las normas legales que regulen la respectiva actividad, que

es lo que en relación con este giro comercial hace el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor” (Considerando 13°). En segundo lugar, porque “al imponer al intermediario la obligación de responder por el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del prestador final de los servicios, el legislador no ha procedido de manera caprichosa ni injustificada, sino que lo ha hecho con estricto apego a la naturaleza particular del contrato celebrado entre aquél y el consumidor, inspirado además por criterios de justicia en la regulación de una relación entre partes desiguales” (ídem); En tercer y último lugar, el Tribunal consideró que si el negocio de los viajes así concebido aparecía poco atractivo para la agencia de viaje, nada la obstaculizaba para que se constituyera en forma expresa frente a los usuario como un comisionista, ya que justamente es esa la figura jurídica que alega que erróneamente existe en la especie (Considerando 14°).

De estos tres argumentos, el tercero nos parece el más provocador, pero a la vez decidor, porque no deja espacios a la discusión. Si las agencias de viajes pretenden que el contrato de viaje combinado supone dos

contratos claramente diferenciados, así deberían contratar con el turista. Sin embargo, sabemos que en la práctica esto sería muy desalentador para el usuario, y creemos que eso significaría un desincentivo real para la actividad desarrollada por las agencias de esta clase.

A continuación debemos analizar la constitucionalidad en la especie del artículo 19 N° 22 de la Constitución Política de la República. Para rechazar esta alegación de inconstitucionalidad, el Tribunal acoge en reiterados considerandos lo alegado por la parte recurrida; argumento con el cual nos hemos mostrado contestes a lo largo de toda la presente tesis. Así, por ejemplo, en el considerando 10° no deja lugar a ninguna duda, sentenciando que “al establecer normas de resguardo a los derechos e intereses de los consumidores, la ley no ha incurrido en la consagración de diferencias arbitrarias, pues el diferente trato a los derechos de proveedores y consumidores se basa en las disparidades objetivas que se aprecian en la situación de unos y otros, lo que no sólo no riñe con el principio constitucional de igualdad sino que lo observa consecuentemente, por cuanto el mismo exige tanto tratar de igual manera a quienes son

efectivamente iguales como introducir las diferencias necesarias en el tratamiento de quienes no se encuentran en la misma situación”.

Finalmente, es el turno de ver lo sucedido con el argumento más débil de los requirentes, relativo a la inaplicabilidad del artículo 19 N° 24 de la Constitución en el caso sub lite. El Tribunal estimó que “lo que se denuncia como conculcatorio del derecho de propiedad es, en rigor, un efecto propio del riesgo implícito en cualquier giro de negocios y en éste en particular, desde que los contratos de consumo son esencialmente conmutativos y el consumidor tiene siempre derecho a recuperar lo pagado, de manos de aquél a quien le pagó, si por cualquier causa no se cumple con la prestación correlativa al pago del precio (Considerando 18°).

Esta sentencia del Tribunal Constitucional no viene sino a confirmar todo lo que hemos expuesto relativo a los principios que regulan la responsabilidad de las agencias de viaje cuando contratan a través de la figura de un contrato de viaje combinado, o como en la especie, a través de cualquier otra figura de contrato de viaje.

Sin embargo, no todos están de acuerdo con lo aquí expuesto. ANANÍAS considera que el fallo del TC es erróneo y anacrónico. En países con un Derecho más moderno, ha surgido el concepto de “*regulatory takings*” (o “regulación expropiatoria”), que consiste en estimar como una especie de expropiación *de facto* aquellas regulaciones del Estado que limitan o restringen a tal punto el derecho a desarrollar una actividad económica o el derecho de propiedad, que resulta sumamente gravoso o inviable para su titular el proseguir en su ejercicio. En este caso se daban precisamente los supuestos de una “*regulación expropiatoria*”, pero el TC no tuvo el ánimo de sentar un innovador y justo precedente judicial”⁶⁶.

⁶⁶ ANANÍAS, R. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Responsabilidad de las Agencias de Viaje. [en línea]<<http://www.derechoaeronautico.cl/articulo17.html>>[Consulta: 20 de abril de 2013].

CONCLUSIONES

La realidad del turismo nacional e internacional, su fomento, y su condición de actividad económica estratégica, requiere que el Derecho la regule y determine los mecanismos efectivos por los cuales todas las partes se encuentren en una situación de seguridad jurídica. En la práctica, quienes se encuentran en una mayor situación de incertidumbre son los turistas, ya que la forma en la cual funciona este mercado supone la participación de distintas partes, distintos eslabones, y el usuario muchas veces no tiene claro ante quien recurrir cuando falla alguno de los eslabones de la cadena que más alejado se encuentra de él.

La hipótesis que tratamos de reafirmar en estas páginas decía que tanto en el derecho interno de Chile y otros Estados, como en determinados instrumentos internacionales, se encuentra subyacente un principio de protección al turista, a veces expresamente, a veces con remisión a otras normas.

En Argentina, la doctrina aboga por la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, símil de nuestra Ley de Protección al Consumidor. En España, se buscaría proteger al turista otorgándole al contrato de viaje combinado la naturaleza de un contrato de obra, el cual implica una obligación de resultado. Además, en este país, como en Europa, se reconoce lo dictaminado por la Directiva, que hace directamente responsable al agente de turismo por el hecho del prestador final.

La excepción la constituye Inglaterra, donde se ha aceptado por la jurisprudencia la doctrina de los contratos paralelos. Teoría que implícitamente ha sido alegada por las agencias de viaje como defensa en juicio, pero que ha sido total y completamente rechazada por nuestro Tribunal Constitucional.

Antes de determinar la normativa aplicable en nuestro país, establecimos sólidamente que la obligación que se genera para la agencia de turismo en el contrato de viaje en general y en el contrato de viaje combinado en específico es de resultado. Esta conclusión es trascendental,

porque de otro la mera diligencia le bastaría al agente para cumplir con su obligación, lo que carece de sentido para el usuario.

En Chile, existen dos vías jurídicas por las cuales podemos hacer responsable al agente por el incumplimiento del tercero prestador final.

La primera, tiene relación con la alegación de responsabilidad contractual por el hecho ajeno. Es importante el tratamiento de esta hipótesis porque, como estudiamos en su momento, los principios generales del derecho chileno también sirven para hacer directamente responsable al intermediario, sin perjuicio de las normas expresas que existan en la materia en ciertas regulaciones especiales. Así, la autonomía de la voluntad, la responsabilidad, evidentemente, y la buena fe, nos permiten descifrar el contrato de viaje y comprender a qué se están obligando las partes al contratar.

La segunda, y más largamente tratada en esta tesis, tiene que ver con el reconocimiento de la posición desventajosa del turista en el contrato de viajes, y la aplicación irrestricta del artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor. La justicia constitucional ha determinado que no se trata de

una norma que afecte la igualdad jurídica que debe existir entre todas las personas, ni mucho menos aquella que debe darse entre la agencia de viajes y el usuario, porque lo que esta norma hace es justamente regular una situación de desigualdad concreta y objetiva. Por ende, si no se regulara dicha situación se estaría validando una situación de desequilibrio fáctico.

Esta postura jurisprudencial y doctrinaria, implica que nuestro Derecho recoge los mismos principios de protección a la indefensión del turista que recogen el derecho español, argentino, europeo (con la Directiva) e internacional (con la Convención). Lo cual ha sido confirmado reiteradamente al interpretar el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor, sea por nuestros Juzgados de Policía Local, las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema e incluso el Tribunal Constitucional.

Con todo lo dicho, se reafirma lo expresado en el objetivo general y en la hipótesis de la presente tesis. Esperamos que este trabajo sirva como una fácil guía de ayuda legal en todos aquellos casos en los cuales el turista debe ser resarcido en los perjuicios causados por un prestador final del servicio de viajes.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, R. 2001. Las Obligaciones, Tomo II, Cuarta Ed. Actualizada y Aumentada. Santiago, Editorial Temis, 356p., p. 140.

ANANÍAS, R. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Responsabilidad de las Agencias de Viaje. [en línea] <<http://www.derechoaeronautico.cl/articulo17.html>> [Consulta: 20 de abril de 2013].

AURIOLES MARTÍN, A. 2002. Introducción al derecho turístico. Madrid, Tecnos.

BARREIRO, K. Contrato de viaje – Responsabilidad de las Agencias frente a los usuarios, Disertación de la Dra. Karina Barreiro sobre el Contrato de Viaje y la responsabilidad de las agencias de acuerdo a las reformas proyectadas, en el marco de la Jornada de Análisis y Debate organizada por el Observatorio de Derecho del Turismo de la Facultad de Derecho UBA.

BARROS BOURIE, Enrique. Compraventa. Derecho Civil III. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Apuntes de clases (2010).

BECH SERRAT, J. 2007. La responsabilidad contractual de los organizadores y los detallistas de viajes combinados. Universitat de Girona, 656p.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley 20.423 sobre Sistema Institucional de Desarrollo del Turismo, 545p.

BOETSCH GILLET, CRISTIÁN. Apuntes. Los Contratos. Parte Especial. Facultad de Derecho UC.

COLÍN, R., y MONTEERRUBIO, J. 2009. La Inexistencia del Derecho del Turismo. Un análisis conceptual. En: Estudios y perspectivas del turismo, 18:727-740.

CONTARDO GONZÁLEZ, J. La responsabilidad de las agencias de viajes por overbooking o exceso de reservas [en línea] La Semana Jurídica 29 (7)<www.legalpublishing.cl>[Consulta: 23 de abril de 2013].

CONTARDO GONZÁLEZ, J. 2010. Responsabilidad Civil Contractual de las Agencias de Viajes. Santiago, Legal Publishing, 176p.

CORRAL TALCIANI, H. 2006. La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno. En: Cuadernos de Análisis Jurídico III, Temas de contratos, (3): 187-226.

FERNÁNDEZ FREDES, F. “Manual de Derecho Chileno de Protección al Consumidor”, Lexis Nexis, Santiago, 2003.

GIL, R. 2007. Separata N° 6, Obligaciones de medio y de resultado. Material preparado para su curso de Civil III, Obligaciones.

GOMEZ MANRIQUEZ, C. 2009. La Ley del Consumidor rige los contratos de las agencias de viajes. Derecho a desarrollar actividad económica. Reembolso no atenta contra derecho de propiedad. [en línea] Puntolex <www.legalpublishing.cl> [Consulta: 25 de abril de 2013]

LÓPEZ SANTA MARÍA, J. Los Contratos Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 465p.

MABEL IVANEGA, M. Derecho Público y Turismo. Apuntes acerca de la protección al consumidor. En: Derecho Público y Turismo, 29-45.

MARCHANT BUSTAMANTE, H. Artículo “*Nuevo enfoque de la obligación y de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado*”, en publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo “*Curso de Actualización Jurídica.*” *Nuevas tendencias en el Derecho Civil*” (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, año 2004).

ORREGO ACUÑA, J. 2013. Teoría General de las Obligaciones. Apuntes electrónicos.

PIZARRO WILSON, C. 2009. Obligaciones y Responsabilidad Civil. Comentarios de Jurisprudencia. En: Revista Chilena de Derecho Privado 13: 239-247.

SERNAC. Guía de alcances jurídicos de la Ley N°1946 para agencias de viaje.

SILVESTRE, Norma. 2006. Responsabilidad de las Agencias de Viaje en Argentina. En: FACAL, J. (coord.). Derecho del Turismo. Uruguay, Fundación Bank Boston, pp. 313-321.

VODANOVIC H. ANTONIO. Manual de Derecho Civil. Vol. 2. Editorial Jurídica Conosur Ltda. 2001.

ZELAYA, Pedro. 2002. La responsabilidad civil por el hecho ajeno y el seguro. En: Revista Chilena de Derecho, 29 (1): 95-110, Sección Estudios.

JURISPRUDENCIA

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Rol de Ingreso N° 2143-2008. Cita Online LegalPublishing CL/JUR/1404/2009.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol de Ingreso N° 6428-2001.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol de Ingreso N° 3180-2003. Cita Online Legalpublishing: CL/JUR/768/2008.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol de Ingreso 6091-2006. Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/2350/2007.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol de Ingreso N°
766-2004. Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/2840/2008.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol de Ingreso N°
5534-2007. Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/2937/2007.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol de Ingreso N°
5703-2007. Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/6796/2007.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol Ingreso N°
1785-2008.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Rol de Ingreso
863-2008. Cita Online LegalPublishing: CL/JUR/6026/2008.

CORTE SUPREMA. Rol de Ingreso N° 6038-2007. Cita Online
LegalPublishing: CL/JUR/1472/2008.

PRIMER JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES.
Causa Rol N° 60.776-8.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Causa Rol N° 980-2007, 13 de
mayo de 2008.