



Roj: **SAP B 3454/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:3454**

Id Cendoj: **08019370042019100259**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **08/04/2019**

Nº de Recurso: **639/2018**

Nº de Resolución: **291/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **VICENTE CONCA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935672160

FAX: 935672169

EMAIL:aps4.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0818742120168114404

Recurso de apelación 639/2018 -I

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 527/2016

Parte recurrente/Solicitante: Fermina

Procurador/a: Oscar Bagan Catalan

Abogado/a: MONTSERRAT VIDAL ROIG

Parte recurrida: VACACIONES PARA MAYORES, SAU, AXA SEGUROS GENERALES, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS, VALLESTOUR, SA

Procurador/a: Elisa Rodes Casas, Pedro Barri Pajaro

Abogado/a: Miles Miranda Garcia

SENTENCIA N° 291/2019

Magistrados:

Vicente Conca Perez

Mireia Rios Enrich

Adolfo Lucas Esteve

Barcelona, 8 de abril de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 18 de mayo de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 527/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Oscar Bagan Catalan, en nombre y representación de Fermina contra Sentencia - 09/11/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Elisa Rodes Casas, Pedro



Barri Pajaro, en nombre y representación de VACACIONES PARA MAYORES, SAU, AXA SEGUROS GENERALES, SA DE SEGUROS Y REASEGUROS, VALLESTOUR, SA.

Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta a instancia de D^a. Fermina , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Paula Vignes Izquierdo y bajo la asistencia letrada de D. Carlos Quílez Cunillera; y en consecuencia, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A LAS DEMANDADAS VALLESTOUR SA, AXA SEGUROS GENERALES SA Y VACACIONES PARA MAYORES SAU de todos los pedimentos contenidos en la demanda. Todo ello haciendo expresa imposición de las costas procesales a la parte actora".

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Vicente Conca Perez .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posiciones de las partes.

1.- La actora, D^a Fermina , ejercita acción frente a Vallestur SA, Vacaciones para Mayores SAU y Axa Seguros Generales SA, en reclamación de 20.682,91 euros, importe a que asciende la valoración de las lesiones sufridas por la actora el día 4 de septiembre de 2015, último día de las vacaciones contratadas.

Dice la actora que el 26 de agosto de 2015 contrató (junto con la Sra. Maribel , amiga y contratante principal) un viaje con Vallestur SA, en calidad de agencia de viajes minorista, que comercializó el programa 'Asturias Paraíso Natural 3* B' de la mayorista Vacaciones para Mayores SAU (que utiliza comercialmente el nombre Españavisión).

El viaje tuvo lugar entre los días 30 de agosto y 4 de septiembre de 2015. En la noche del día 3 al 4, cuando los pasajeros subían al autocar que debía devolverles a su destino, la viajera que iba delante perdió el equilibrio mientras subía las escaleras y cayó sobre la actora, que sufrió lesiones de las que tardó en curar ocho meses, quedándole como secuela fractura del cuerpo vertebral L2 superior al 50% y dolor lumbar residual postraumático.

Las escaleras de acceso al autobús no tenían puntos de agarre. A pesar de que la viajera que cayó era persona de peso y volumen elevados, nadie le ayudó a subir.

Una vez llegó a Sabadell, fue atendida en el hospital de Parc Taulí, donde se le diagnosticó la fractura y donde pasó la noche del día 4 al 5 de septiembre. Tuvo que utilizar un marco rígido de hiperextensión con apoyo esternal y banda pública, por el que tuvo que pagar 30 euros.

El 29 de septiembre el médico ordenó tratamiento rehabilitador con magnetoterapia, y el 18 de abril de 2016 el mismo Dr. Leon emitió el informe de sanidad.

Por las sesiones de rehabilitación tuvo que abonar 347 euros más 30 por otro lado.

El cuadro de perjuicios por los que reclama es el siguiente:

a) días de baja: 1 improductivo, por importe de 71,84 euros; y 249 no improductivos, a 31,43 euros/día, por importe de 7.826,07 euros.

En total, 7.897,91 euros.

b) por secuelas: fractura del cuerpo vertebral L2 superior al 50%, 13 puntos, que a 789,87 euros/punto, supone 10.268,31 euros.

Dolor lumbar residual postraumático, 3 punto, que a 703,23 euros/punto supone 2.109,69 euros.

En total, por secuelas, 12. 378 euros.

c) por gastos: 407 euros por los conceptos antes reseñados.

Considera la actora que, de acuerdo con el artículo 162.2 Texto Refundido Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios , los demandados, en sus respectivas posiciones jurídicas, y como responsables de la buena organización del viaje combinado en el que participó la actora, son responsables de los perjuicios sufridos por ésta.



2.- Vacaciones para Mayores SAU se opone a la demanda alegando, en primer lugar, el defecto de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada la persona que causó el daño (la que cayó sobre la actora, según el relato de ésta); para seguidamente defender que el autocar donde se produjo el siniestro cumplía todos los requisitos necesarios para prestar el servicio de transporte de personas; que ningún viajero había solicitado ningún tipo de ayuda por problemas de movilidad; y, en definitiva, que lo que ocurrió fue un accidente fortuito, en el que ninguna responsabilidad se puede imputar a la organización.

3.- Vallestour SA y Axa Seguros SA también se oponen a la pretensión de la actora alegando igualmente que lo ocurrido fue un lamentable accidente que la organización nada pudo hacer para evitarlo.

Durante los días de viajes, las subidas y bajadas del autocar fueron continuas y no hubo problema alguno con ningún pasajero.

Por lo demás, y con carácter subsidiario, se aporta dictamen pericial en el que se valoran de distinta manera los perjuicios:

a) incapacidad temporal: 1 día hospitalario; 60 días improductivos y 161 no improductivos. En total, 222 días hasta la estabilidad lesional.

b) secuelas: 10 puntos por aplastamiento vertebral mayor 50%, y 3 puntos por algias postraumáticas.

En total, 8.636,67 euros por los días de baja, y 10.268,31 euros por secuelas.

SEGUNDO.- Decisión de la jueza y recurso.

1.- La sentencia apelada desestima la demanda.

Considera que, no discutida la condición de consumidora de la actora, la legislación aplicable es la contenida en el TRLGDCU, el RD Legislativo 1/07, 16 noviembre a partir de su artículo 150 .

Y entiende la jueza que no ha habido acción u omisión alguna de naturaleza negligente por parte de las demandadas, a la vista del artículo 162 de la ley.

2.- La actora recurre la sentencia y alega, por una parte, que se ha visto menoscabado su derecho de defensa al no haberse podido practicar la prueba testifical en la persona de su amiga la Sra. Maribel ; y por otra, una especie de responsabilidad objetiva absoluta a la que estarían sujetas las empresas que intervienen en el paquete de servicios que integran el viaje combinado.

TERCERO.- Decisión del tribunal de apelación.

1.- Basta repasar la audiencia previa para verificar, como dicen las apeladas, que la actora asumió la citación de la testigo Sra. Maribel , al ser su amiga. De hecho, el resto de comparecientes fue citado judicialmente.

Si surgió algún problema que impidiera a la parte actora aportar el testigo, debió ponerlo en conocimiento del tribunal a fin de que por éste se adoptaran las medidas necesarias para proveer a su citación judicial; pero nada de eso ocurrió.

Además, y en último extremo, la apelante pudo proponer la prueba en esta segunda instancia, de concurrir los requisitos del artículo 460 Lec , pero tampoco esto tuvo lugar.

En consecuencia, ninguna indefensión se ha provocado a la apelante, ni su derecho a la tutela judicial se ha visto menoscabado.

2.- La segunda línea defensiva de la apelante carece totalmente de fundamento.

El artículo 161 TRLDCU establece con toda claridad que 'Los organizadores y los minoristas de viajes combinados responderán de forma solidaria frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores.' y el artículo siguiente añade que 'El viajero tendrá derecho a recibir una indemnización adecuada del organizador o, en su caso, del minorista por cualquier daño o perjuicio que sufra como consecuencia de cualquier falta de conformidad'

La responsabilidad viene referida al correcto cumplimiento de los servicios contratados, y ésta es la cuestión fundamental de este litigio; que los servicios contratados se prestaron a completa satisfacción de la actora, sin que se haya logrado apuntar a un solo aspecto en que se haya desviado de lo convenido.

La sentencia analiza de forma exhaustiva los supuestos fallos de los demandados, y llega a la conclusión de que no hay incumplimiento de clase alguna y de que, por el contrario, el accidente se debió, en cuanto a la responsabilidad de los demandados, a un puro accidente, subsumible dentro del caso fortuito.



Éste viene regulado en el artículo 1105 CC y a él se remite el citado artículo 162 TRLDCU cuando dice que 'El viajero no tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios si el organizador o, en su caso, el minorista demuestran que la falta de conformidad es:... c) debida a circunstancias inevitables y extraordinarias'.

3.- La apelante centraba la negligencia de los demandados en que el autobús no reunía las condiciones necesarias para prestar el servicio contratado, en que la pasajera que cayó sobre la actora era muy gruesa y la organización no había previsto medidas para personas con movilidad reducida, y en que no se ofreció ninguna ayuda a la actora tras el accidente.

En su recurso intenta desplazar el ámbito de la responsabilidad de la culpa contractual, en la que inequívocamente se sustentaba la demanda, a la extracontractual o aquiliana, para, dentro de esta categoría, eludir el caso fortuito.

El Tribunal Supremo ha declarado hasta la saciedad que todo el sistema de responsabilidad, de una y otra clase, descansa en nuestro Ordenamiento sobre la base de la culpa. Otra cosa es que la exigencia de culpa se haya visto modulada mediante diversos expedientes, tales como la responsabilidad por riesgo, la inversión de la carga de la prueba, etc.

Realmente, los casos de responsabilidad objetiva pura son muy escasos dentro (artículo 1905 , 1908-3 y 1910 CC) y fuera del CC (ley navegación aérea, ley de caza, ley sobre energía nuclear, y alguno más. Y aun en estos casos, frecuentemente se contempla como cláusula de cierre la inexistencia de fuerza mayor.

4.- La tesis de la apelante no puede prosperar, pues su acción, como hemos dicho, inequívocamente descansaba en un supuesto de responsabilidad contractual (la contratación de un viaje combinado).

Pero aunque nos pongamos en su nueva versión de los hechos, sería igualmente improsperable, pues cualquier tipo de responsabilidad exige una acción u omisión (prescindamos de si culpable o no) del demandado, y en este caso no ha existido. Es una tercera persona (la pasajera desconocida) la que, por razones desconocidas, tropieza y cae hacia atrás. En ese hecho ninguna intervención hay por parte de los demandados, luego ninguna responsabilidad, por ningún título, se les puede imputar. Vamos, que es como si se imputara a los demandados que la actora contraiga la gripe durante el viaje.

Las elucubraciones de la apelante sobre la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor ninguna relevancia tienen en el caso que nos ocupa, pues como acabamos de decir, falta el elemento previo de una acción u omisión atribuible a los demandados.

De hecho, tras esas digresiones, la conclusión final de la apelante es inasumible cuando dice, trasladándolas al caso concreto, que aunque las lesiones sean 'fruto de una causa de fuerza mayor, un hecho puramente fortuito, y que las demandadas no pudieron prever ni evitar' eso no significa que se les libere de la responsabilidad objetiva ya que el hecho ocurrido comportaba un riesgo típico de su actividad.

Después de lo que hemos dicho, es claro que esta conclusión no se puede acoger desde ningún punto de vista, por lo que debemos desestimar el recurso con imposición de costas a la apelante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398 Lec .

Vistos los preceptos aplicables,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de **D^a Fermina** frente a la sentencia dictada en el juicio ordinario nº 527/16 seguido ante el Juzgado de 1^a Instancia nº 7 de Sabadell, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha sentencia, con imposición al apelante de las costas de este recurso.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, siempre que se observen los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos.

Notifíquese, y firme que sea devuélvanse los autos al Juzgado de origen con testimonio de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento, y archívese la original.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.