

# Teoría general del derecho privado del turismo: el contrato turístico

Mònica Vilasau Solana  
Francesca Llodrà Grimalt

PID\_00209370



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

# Índice

<b>Introducción</b> .....	5
<b>Objetivos</b> .....	6
<b>1. El marco normativo</b> .....	7
1.1. Normas generales de carácter estatal que pueden afectar a la materia turística .....	8
1.2. Normas específicas sobre turismo .....	9
<b>2. El fundamento del derecho privado del turismo</b> .....	12
2.1. El objeto: el contrato turístico .....	12
2.2. Los sujetos del contrato turístico .....	13
2.2.1. El turista como consumidor (el estatuto jurídico del turista) .....	13
2.2.2. El prestador del servicio .....	15
<b>3. Las obligaciones de las partes</b> .....	18
3.1. Obligaciones del prestador del servicio .....	18
3.2. Obligaciones del usuario .....	20
<b>4. La formación del contrato turístico</b> .....	21
4.1. La fase anterior a la contratación del servicio turístico .....	21
4.2. La formalización del contrato .....	23
4.2.1. Exigencia escrita .....	24
4.2.2. Entrega de comprobante .....	24
4.2.3. La suscripción de contratos turísticos a distancia (contratación electrónica) .....	25
<b>5. La celebración de contratos turísticos bajo condiciones generales de la contratación y/o cláusulas no negociadas individualmente</b> .....	28
5.1. ¿Qué es un contrato celebrado bajo condiciones generales de la contratación? .....	28
5.2. ¿Qué tipo de contratos celebrados bajo CGC encontramos? .....	28
5.3. ¿Por qué son peculiares los contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación? .....	29
5.4. ¿Cómo funciona el control de incorporación? .....	29
5.4.1. Contrato con CGC celebrado entre profesionales o empresarios .....	30
5.4.2. Contrato de consumo .....	32
5.5. ¿Cómo funciona el control de contenido? .....	37

5.5.1. Contrato con CGC celebrado entre profesionales o empresarios .....	37
5.5.2. Contrato de consumo .....	38
<b>6. La modificación, ineficacia y extinción del contrato.....</b>	<b>42</b>
6.1. Modificación .....	42
6.2. Ineficacia .....	42
6.3. Extinción .....	45
<b>7. La responsabilidad civil de las partes por el incumplimiento de sus obligaciones.....</b>	<b>47</b>
7.1. Responsabilidad contractual .....	47
7.1.1. Lesión del interés del acreedor .....	47
7.1.2. Imputación de la responsabilidad .....	49
7.1.3. La defensa del derecho de crédito .....	49
7.2. Responsabilidad extracontractual .....	51
<b>Ejercicios de autoevaluación.....</b>	<b>57</b>
<b>Solucionario.....</b>	<b>60</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>63</b>

## Introducción

El turismo es una materia transversal, tanto en un sentido horizontal como vertical. En sentido horizontal, porque está regulada por una normativa que forma parte de distintas disciplinas jurídicas que van desde el derecho público hasta el derecho privado.

En sentido vertical, porque las instancias que tienen potestad legislativa sobre esta materia van desde el ámbito internacional (tanto supracomunitario como comunitario) hasta el estatal y autonómico.

En otros módulos, se estudia la regulación que desde el derecho público (derecho administrativo, principalmente) se hace del turismo. En este módulo se introduce el estudio de la regulación que se lleva a cabo de esta actividad desde el derecho privado, y en concreto de las normas de derecho civil y derecho mercantil. Si en otros módulos se analizan los distintos contratos que se hacen en este sector, en este módulo se estudia el marco general de la contratación. Este proceso se trata desde una perspectiva dinámica: se parte de la fase previa a la formación del contrato (información, publicidad), se pasa por la perfección del contrato y se ven sus vicisitudes (cumplimiento e incumplimiento) y su extinción. Además, se tienen especialmente en cuenta a los sujetos que participan en la contratación y las garantías de las que son titulares.

Hay que remarcar, sin embargo, que aunque se procura hacer un análisis de la vertiente privada del turismo, la realidad no se puede dividir tan fácilmente. En consecuencia, una misma situación puede estar regulada tanto por normas de derecho privado como de derecho público. Por ejemplo, la actividad de alquilar apartamentos para uso turístico se prevé expresamente en el derecho privado, y en concreto el derecho civil (contrato de arrendamiento), pero puede haber normativa administrativa que también incida sobre esta actividad (porque se tengan que proteger los derechos del turista o porque se quieran controlar los ingresos como actividad turística).

## Objetivos

Los objetivos conceptuales de este módulo son los siguientes:

- 1.** Conocer cuál es el marco normativo que regula el turismo desde la perspectiva del derecho privado.
- 2.** Estudiar los derechos y deberes de los sujetos que participan en la contratación de los servicios turísticos.
- 3.** Conocer la fase previa a la contratación y, en concreto, los deberes de información y el papel que tiene aquí la publicidad.
- 4.** Estudiar la manera de perfeccionar los contratos y la incidencia de las condiciones generales de la contratación y de la contratación a distancia.
- 5.** Estudiar el cumplimiento de los contratos y los supuestos de lesión del interés del acreedor, así como sus consecuencias.
- 6.** Ver cuáles son las causas de extinción de los contratos, poniendo especial énfasis en el desistimiento.

## 1. El marco normativo

Cuando el legislador se propone regular el fenómeno del turismo se encuentra con una realidad que abarca aspectos tan diferentes como, por una parte, la ordenación del mercado turístico o el fomento del turismo y, por otra, los derechos de los sujetos implicados y los contratos que celebren. Los primeros aspectos se consideran principalmente desde la vertiente del derecho público, mientras que los segundos se regulan mediante las normas del derecho privado. Hay que remarcar, sin embargo, que con frecuencia la división de materias no es clara y que una misma ley puede incidir sobre materias muy diferentes.

En este módulo, nos introduciremos en el estudio de este segundo ámbito normativo, es decir, las normas de derecho privado que regulan, entre otros aspectos, el estatuto jurídico de las empresas y usuarios y las relaciones jurídicoprivadas surgidas entre éstos.

¿Cuál es el marco normativo (en relación con esta vertiente privada) con el que nos encontramos?

De entrada, hay que hacer referencia a la existencia de normativa internacional sectorial (por ejemplo, en materia de transporte) con incidencia en la actividad turística. También es necesario tener en cuenta que la Organización Mundial del Turismo ha hecho una importante tarea prelegislativa, mediante la elaboración de recomendaciones, resoluciones o declaraciones.

En el ámbito comunitario, nos encontramos con algunos reglamentos (normas comunitarias de cumplimiento obligado en todos sus contenidos y directamente aplicables en cada Estado miembro) que afectan sustancialmente al turismo, como es el caso del Reglamento 261/2004, sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque (el denominado *overbooking*) y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y de los reglamentos 2027/1997 y 889/2002, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

Por otra parte, hay que destacar algunas directivas cuya eficacia, en las relaciones jurídicas entre particulares, está supeditada a la aprobación de una norma interna de transposición. Los particulares no podrán invocar las previsiones de las directivas en los contratos que celebren hasta que el órgano estatal correspondiente no haya dictado una normativa que las transponga. Con respecto a nuestro objeto de estudio, las directivas más relevantes son la de viajes combinados, transpuesta a nuestro ordenamiento estatal mediante la Ley 21/1995, de 6 de julio (derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que

incorpora la regulación de los viajes combinados), y la relativa a la utilización de inmuebles a tiempo compartido, transpuesta a nuestro ordenamiento estatal mediante la Ley 42/1998, de 15 de diciembre (que fue derogada por el Real Decreto Ley 8/2012, de 16 de marzo, de Contratos de Aprovechamiento por Turno de Bienes de Uso Turístico, de Adquisición de Productos Vacacionales de Larga Duración, de Reventa y de Intercambio, actualmente derogado por la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de Contratos de Aprovechamiento por Turno de Bienes de Uso Turístico, de Adquisición de Productos de Vacaciones de Larga Duración, de Reventa y de Intercambio y Normas Tributarias).

Finalmente, se tiene que decir que para la regulación de la materia de turismo hay que tener en cuenta el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas que hace la Constitución española, con el objetivo de determinar qué instancia podrá dictar normas. El artículo 148.1 CE establece cuáles son las competencias que las comunidades autónomas pueden asumir, y el apartado 18 hace referencia a "promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial". Todas las comunidades autónomas, en sus estatutos respectivos, han asumido esta competencia y podríamos pensar, pues, que el único poder regulador corresponde a las comunidades autónomas. Sin embargo, esto no es así. De entrada hay que remarcar que el artículo 148.1.18 CE hace referencia, principalmente, a la regulación administrativa del turismo. Sin embargo, además hay más competencias que las que se prevén en el artículo 149 CE (que son de competencia exclusiva del Estado) que, a pesar de no utilizar expresamente el término *turismo*, inciden directamente en el mismo. En concreto, con respecto a la vertiente de derecho privado que regula el turismo, se trata de los artículos 149.1.6 y 149.1.8 CE. El primero atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil y el segundo, si bien atribuye de entrada la competencia en materia de legislación civil de manera exclusiva al Estado, a continuación establece una excepción a favor de las comunidades autónomas con derecho civil propio que hayan asumido esta competencia en sus Estatutos para legislar en materia civil, pero dentro de unos límites fijados por el hecho de que algunas materias civiles son competencia exclusiva del Estado (como por ejemplo, las bases de las obligaciones contractuales).

Por lo tanto, desde la perspectiva del derecho privado, las normas aplicables al turismo son las siguientes:

### **1.1. Normas generales de carácter estatal que pueden afectar a la materia turística**

El Código civil (CC) y la legislación civil, como el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU); la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU); la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo; la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la



Contratación (LCGC); el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el cual se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales; la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), para la transposición de la Directiva 7/1997, de 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI); la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios; la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.

El Código de comercio (Cco) y la legislación mercantil, entre las que destacan la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), y el Real Decreto legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSP).

## **1.2. Normas específicas sobre turismo**

### **a) De carácter internacional**

Se trata de las normas internacionales que el Estado español ha ratificado (convenios internacionales y sus protocolos posteriores también ratificados), por ejemplo el Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 de octubre de 1929, ratificado por España el 31 de enero de 1930; el Convenio de Montreal, de 9 de diciembre de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, y el Convenio de Atenas, relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 13 de diciembre de 1974, modificado por su Protocolo de 2002, aprobado el 1 de noviembre de 2002 por la Organización Marítima Internacional.

### **b) De carácter comunitario**

Se trata de normas comunitarias que son directamente aplicables a España. En concreto, el Reglamento 261/2004, sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos; el Reglamento (CE) 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo; los reglamentos 2027/1997 y 889/2002, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente; el Reglamento (UE) n.º 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, sobre investigación y prevención de accidentes e inci-

dentes en la aviación civil; y el Reglamento 392/2009 de la UE sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar en caso de accidentes (que incorpora el Convenio de Atenas del 13 de diciembre de 1974 y su Protocolo de 2002).

### **c) De carácter estatal**

Se trata de la normativa siguiente: la Ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960 (LNA); el Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea; la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea; el Real Decreto 632/2013, de 2 de agosto, de Asistencia a las Víctimas de Accidentes de la Aviación Civil y sus Familiares y por el que se modifica el Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil; la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT); el Real Decreto 270/2013, de 19 de abril, sobre el certificado del seguro o la garantía financiera de la responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente; el Real Decreto 1247/1999, de 16 de julio, sobre reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje que realicen travesías entre puertos españoles; el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y la Ley 4/2012, de 6 de julio, de Contratos de Aprovechamiento por Turno de Bienes de Uso Turístico, de Adquisición de Productos de Vacaciones de Larga Duración, de Reventa y de Intercambio y Normas Tributarias (LDAT).

### **d) De carácter autonómico**

Todas las comunidades autónomas, en sus estatutos respectivos, han asumido la competencia en materia de turismo, por lo cual, en cada caso, tendremos que ver si en la normativa autonómica sobre turismo, en una comunidad autónoma en concreto, hay reguladas cuestiones de derecho privado. Por ejemplo, en Cataluña hay que destacar la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña; la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña; el Decreto 168/1994, de 30 de mayo, de Reglamentación de las Agencias de Viajes; y el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de Establecimientos de Alojamiento Turístico y de Viviendas de uso Turístico (con la corrección de errores del DOGC n.º 6268, pág. 60793, de 5 de diciembre de 2012). En las Islas Baleares, por ejemplo, está la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares y el Decreto 13/2011, de 25 de febrero, por el que se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento y de prestación de servicios turísticos, la regulación de la declaración responsable y la simplificación de los procedimientos administrativos en materia turística.

No podemos hacer una lista exhaustiva de las normativas autonómicas puesto que es una cuestión tratada en la parte de derecho público del turismo, pero en todo caso, en la práctica, se debe tener presente la existencia de esta normativa de aplicación preferente, aunque normalmente no afectará a cuestiones de derecho privado, cuando no se trate de comunidades autónomas que tengan también competencia en desarrollo del derecho civil (artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE, como son Cataluña y las Islas Baleares, entre otros).

## 2. El fundamento del derecho privado del turismo

Denominamos **derecho privado del turismo** o de las actividades turísticas al conjunto de normas e instituciones que regulan los aspectos privados (civiles y mercantiles) de las relaciones turísticas.

Sin embargo, en el estudio de esta materia no es tan relevante encontrar una definición, sino estudiar sus elementos característicos.

### 2.1. El objeto: el contrato turístico

El **contrato** es un acuerdo de voluntades entre dos o más partes que genera un vínculo contractual del cual surgen obligaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de una o de las dos partes y que tienen que cumplir los obligados<sup>1</sup>.

<sup>(1)</sup>Arts. 1088, 1254 y 1255 CC

Algunos autores se plantean si la participación de un turista en una relación contractual es un factor lo bastante relevante para justificar que haya normas propias, las normas turísticas, que se aplicarían con preferencia a otras.

Los argumentos son que la contratación del servicio con cierta antelación a su disfrute efectivo, la contratación entre ausentes (electrónicamente o a distancia) o bien con un intermediario (agencias de viajes) y el disfrute del servicio en un lugar diferente del entorno habitual convierten al turista en un sujeto particularmente débil y vulnerable. Sin embargo, a pesar de estos factores, no parece que las técnicas de contratación en el ámbito turístico difieran tanto de las utilizadas en otros ámbitos de la contratación que justifiquen un régimen propio y diferente del que se establece de manera general para los consumidores y usuarios.

Los contratos turísticos, los que normalmente se llevan a cabo en el sector turístico, no integran una categoría reconocida expresamente por la legislación española.

Aun así, en estos contratos hay unos rasgos característicos, como por ejemplo que las prestaciones se llevan a cabo normalmente fuera del lugar de residencia habitual del turista y la motivación principalmente de vacaciones o de recreo.

La normativa general aplicable a los contratos está en el CC y el Cco, textos legales que también regulan determinados tipos contractuales (compraventa, transporte, arrendamiento, etc.). Actualmente, sin embargo, estamos asistiendo a un proceso de descodificación. Se tiende a regular nuevas figuras contractuales o bien a dotar de nuevo contenido a algunas de las que se regulan en los códigos, mediante el recurso a leyes especiales (fuera de los códigos). Por ejemplo, el contrato de seguro, el contrato de arrendamiento urbano de vivienda, el contrato de viaje combinado, el contrato sometido a condiciones generales de la contratación, o bien el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.

Los contratos turísticos de consumo tienen carácter oneroso: el usuario debe satisfacer su precio correspondiente. Muchos de estos contratos son de tipo mixto, es decir, combinan elementos de diferentes figuras contractuales. Por ejemplo, en el caso del contrato de alojamiento, una de las partes (la empresa de alojamiento) se obliga a proporcionar alojamiento a la otra (huésped), junto con otros servicios complementarios como la alimentación, la guarda de determinados efectos introducidos en el alojamiento o la limpieza de la ropa.

A veces, algunos de los contratos turísticos son objeto de regulación administrativa. Es discutible la aplicación directa de las normas reglamentarias en los contratos turísticos, y en concreto si el incumplimiento de las obligaciones establecidas en normas administrativas puede ser exigible ante la jurisdicción civil o bien si únicamente puede ser objeto de sanción administrativa.

## **2.2. Los sujetos del contrato turístico**

### **2.2.1. El turista como consumidor (el estatuto jurídico del turista)**

En el inicio del turismo, frecuentemente el protagonista era un viajero de elite que se encargaba él mismo de gestionarse el viaje y contrataba el alojamiento, el transporte y la manutención. Con la aparición del turismo de masas, sin embargo, el escenario cambia. El turista ya no se organiza él mismo el servicio, sino que lo asume otro sujeto que, de manera profesional, e incluso anticipándose a la posible demanda, organiza el viaje y garantiza su disfrute durante la realización.

En la actualidad, precisamente gracias al uso de las tecnologías de la información y de la comunicación, asistimos a otro proceso, el de la "desintermediación". De esta manera, muchas veces el destinatario final del servicio contrata directamente a los prestadores materiales del servicio: compañías de transporte aéreo, empresas de alojamiento, vivienda turística, etc. (prescindiendo de la actuación de los intermediarios tradicionales: las agencias de viaje).

La normativa de ordenación turística no define de manera unitaria al usuario de los servicios turísticos, si bien se puede afirmar la preferencia de los legisladores autonómicos por una noción amplia de "turista".

Un **turista** o **usuario turístico** es la persona que demanda, contrata o recibe, como destinatario final, un servicio turístico.

El estatuto jurídico del turista comprende los derechos reconocidos por la legislación general de consumo, y también los derechos y las obligaciones establecidos en la legislación específicamente turística (tanto en el ámbito de la normativa autonómica como en el terreno de la regulación legal de los contratos turísticos).

De entrada, la protección que puede invocar un turista es la que le ofrece el TRLCU.

La tutela del turista como consumidor parte del artículo 51 CE, que reconoce los derechos de los consumidores y usuarios, y señala la obligación de los poderes públicos de proteger estos derechos, que son, especialmente, la seguridad, la salud y los intereses económicos legítimos.

Para hacer efectivos estos derechos se han promulgado leyes como el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el cual otorga protección ante los riesgos que afectan a la salud y seguridad física del consumidor<sup>2</sup>, protege los intereses económicos del consumidor mediante la regulación de la oferta y la publicidad<sup>3</sup> y regula las organizaciones representativas de consumidores y usuarios (artículo 23 TRLCU).

Ahora bien, hay que poner de relieve que la noción de consumidor utilizada por el TRLCU y la de consumidor del servicio turístico empleada en la legislación especial pueden no coincidir plenamente. El TRLCU opta por una noción amplia de consumidor (artículo 3 TRLCU). El TRLCU señala como características del consumidor las siguientes: 1) persona física o jurídica; 2) que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Esto parece que comporta que queden bajo la protección que ofrece el TRLCU sujetos que han contratado un servicio turístico pero que no se han constituido como destinatarios finales del servicio contratado.

La empresa que adquiere un billete para un trabajador suyo, o bien que adquiere una serie de viajes combinados para sortearlos entre los trabajadores, o en un concurso, o para repartirlos a los trabajadores como premio a la productividad.

#### Categoría de usuario turístico

Por regla general, la categoría de usuario turístico se predica tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, aunque alguna comunidad autónoma lo limita a las personas físicas. La legislación estatal tampoco adopta un concepto único de usuario turístico, si bien sus normas se dirigen fundamentalmente a personas físicas.

<sup>(2)</sup>Arts. 11 a 16 TRLCU

<sup>(3)</sup>Art. 19 TRLCU

Este criterio incluye dentro del ámbito de protección del TRLCU a sujetos que son merecedores de protección, ya que se encuentran en situación de inferioridad con respecto al prestador del servicio.

En relación con los servicios turísticos también se opta por un criterio amplio de consumidor, y se pone énfasis en el presunto desequilibrio contractual que se deduce por el hecho de llevar a cabo un acto de consumo que es ajeno a la actividad empresarial de quien lo efectúa<sup>4</sup> (en materia de viaje combinado, es consumidor cualquier persona en quien concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario).

<sup>(4)</sup>Art. 151.1 g)

Dejando de lado esta cuestión, desde el punto de vista del derecho privado, hay que hacer mención especial del derecho del turista a ser tutelado ante la vulneración de sus legítimos intereses económicos y sociales en las relaciones contractuales con las empresas turísticas. Esta tutela se podrá articular en diferentes momentos: en la fase anterior a la contratación del servicio turístico, en la fase de formalización del contrato y en la de ejecución del contrato.

Con respecto a las obligaciones que se imponen con carácter general al turista, suelen ser consecuencia de su condición de parte en un contrato con una empresa turística o bien de usuario de unos establecimientos públicos cuya normativa exige cumplir unos determinados requisitos (que en ningún caso pueden comportar una vulneración de derechos fundamentales, como el caso de las normativas de régimen interno de establecimientos hoteleros que discriminen el acceso en función de la procedencia del turista).

### **2.2.2. El prestador del servicio**

Generalmente estamos frente a empresarios turísticos, en el sentido jurídico y económico de la palabra, que llevan a cabo esta tarea. Sin embargo, a veces la normativa turística puede exigir que determinados servicios sean llevados a cabo por sujetos individuales, que tienen la titulación necesaria e incluso han pasado pruebas de aptitud, como en el caso de los guías turísticos. En otros casos, algunos de los servicios turísticos son prestados por sujetos que pueden ofrecer el servicio de manera no habitual, o sin finalidad de lucro, o simplemente se puede tratar de una fuente de ingresos complementaria –por ejemplo, una familia que alquila una habitación en verano o que tiene un estudiante a pensión completa en casa. En este último caso, no se les califica como empresarios y, en consecuencia, se les dispensa de ciertas cargas impuestas a los empresarios turísticos.

Con respecto a los empresarios turísticos propiamente dichos, aunque para llevar a cabo actividades en el sector turístico no están obligados a adoptar una forma jurídica concreta, en la práctica la titularidad jurídica recae en una

sociedad mercantil de las denominadas *capitalistas* –anónima o de responsabilidad limitada. Sin embargo, también pueden adoptar formas personalistas (colectivas o comanditarias).

La legislación turística administrativa acostumbra a exigir, con carácter previo al inicio de la actividad empresarial, la obtención de autorización administrativa pertinente, y se tipifica como infracción la prestación de servicios turísticos sin disponer de la licencia preceptiva. La exigencia de esta licencia administrativa tiene que estar impuesta en una norma jurídica con rango de ley. Además de tener la licencia preceptiva, las empresas turísticas deben inscribirse en el registro administrativo correspondiente al territorio de la comunidad autónoma donde tengan el domicilio o donde ejerzan la actividad. El incumplimiento de estas obligaciones determinará la calificación como clandestina y la imposición de las sanciones correspondientes. Aun así, desde la perspectiva juridicoprivada, la clandestinidad de la actividad no impedirá la validez de los contratos que se hagan y, por lo tanto, la exigibilidad de cumplirlos.

Como cualquier otro sujeto que participa de manera profesional en un mercado organizado de intercambio de bienes y servicios, las empresas turísticas están sometidas a una serie de prescripciones legales que integran el denominado **estatuto juridicomercantil del empresario**.

1) Según la forma jurídica que adopte el empresario, estará obligado a inscribirse en el Registro Mercantil o se podrá mantener al margen. La inscripción en el Registro Mercantil otorga seguridad en el tráfico mercantil y protección a terceros ya que, por la función de publicidad jurídica del empresario y su actividad, la inscripción crea una apariencia de buen funcionamiento de la empresa. La inscripción en el Registro Mercantil es independiente de la que podría proceder en el registro administrativo correspondiente.

2) El empresario turístico tiene que resolver sus crisis financieras o patrimoniales mediante el sistema establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, de manera que se garantice a los acreedores que se puedan resarcir totalmente o parcialmente de las deudas que asumió el empresario concursado.

3) El empresario turístico tiene que respetar las reglas que gobiernan la libre competencia en el mercado, y se debe abstener de incurrir en conductas colusorias o abusivas (fijación de precios, reparto del mercado), prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La falta de competencia perjudica el desarrollo económico, y lesiona los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios.

Como ejemplo de esta obligación es ilustrativa la sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril del 2002, en relación con la declaración como hecho que altera la competencia en el mercado del transporte aéreo, del pago de primas de fidelización a las agencias de viaje.



4) Los empresarios turísticos tienen que llevar a cabo su actividad de acuerdo con los criterios de lealtad. Por lo tanto, se deben abstener de llevar a cabo los actos prohibidos en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

5) Con respecto al uso de signos distintivos, nombres comerciales y marcas en el tráfico turístico, la normativa turística se remite en bloque a la normativa estatal sobre propiedad industrial.

Ahora bien, con respecto al empresario, una característica especial es la que tienen las agencias de viajes, que intervienen frecuentemente en los diferentes contratos que se formalizan.

Las **agencias de viajes** son auténticos intermediarios en el sector del turismo que ejercen una actividad comercial: organizan y venden viajes, además de realizar otras actividades relacionadas con el sector turístico. Son empresarios mercantiles con un estatuto legal específico.

Además, la presencia de estos empresarios en el mercado y su intervención en los contratos turísticos que se llevan a cabo da lugar a la creación de figuras contractuales especiales (reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente, por ejemplo), y también introduce ciertas modificaciones en el régimen de las figuras tradicionales.

La actividad de intermediación turística es la actividad empresarial de los que se dedican comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y organización de servicios turísticos (por ejemplo el artículo 2 del Decreto 168/1994, de 30 de mayo, de Reglamentación de las Agencias de Viajes de Cataluña, modificado por el Decreto 158/2012, de 20 de noviembre).

Las agencias de viajes como prestadoras de servicios están sometidas a una estricta normativa (autonómica) tanto en relación con las actividades que pueden llevar a cabo como en relación con los requisitos administrativos que tienen que cumplir.

Por ejemplo, el Decreto 168/1994, de 30 de mayo, del Reglamento de las agencias de viajes de Cataluña.

### 3. Las obligaciones de las partes

En todo contrato bilateral, se establecen una serie de obligaciones a cargo de las partes. Con respecto a los contratos en general, y también con respecto a los turísticos, podemos distinguir dos grandes tipos de obligaciones: las que establece el legislador y las que acuerdan las partes basándose en la autonomía de la voluntad, dentro de los límites que permite el artículo 1255 CC. En la primera categoría, podemos distinguir las que son de carácter imperativo (de cumplimiento obligado) de las que son potestativas o dispositivas (se aplican si no hay pacto). Además, dentro de las obligaciones establecidas por la ley, también podemos distinguir entre las que son de carácter general (aplicables a cualquier contrato y establecidas, principalmente, en el CC y el Cco) y las que son específicas de una determinada figura contractual (en el caso de los contratos típicos).

Ahora veremos a grandes rasgos cuáles son las obligaciones de las partes y las estudiaremos con más detenimiento en el módulo 5, a la hora de analizar las diferentes figuras contractuales que integran los denominados *contratos turísticos*.

Hay que recordar que los contratos turísticos se establecen mayoritariamente para satisfacer un deseo de recreo. Esto comporta que, aparte del contenido típico del contrato concreto, hay una serie de obligaciones más o menos explícitas que van encaminadas a la asistencia personal del turista para que disfrute de unos niveles de confort determinados.

#### 3.1. Obligaciones del prestador del servicio

La obligación principal del prestador del servicio es ofrecer adecuadamente, ya sea por sí mismo o bien mediante otra persona, los servicios a los cuales se ha obligado.

De esta manera, en el caso del contrato de alojamiento, proporcionar alojamiento al usuario, junto con servicios complementarios (servicios personales, comida, depósito); en el caso del contrato de transporte, trasladar al usuario incólume de un punto a otro en el día y la hora previstos; con respecto a los contratos de viaje combinado, proporcionar los servicios de alojamiento, transporte y otros servicios que integren el viaje. Junto con estas obligaciones principales, se pueden establecer otras accesorias, como por ejemplo propor-

<sup>(5)</sup> cfr. artículo 152 TRLCU

cionar la documentación que sea necesaria (títulos de transporte o de alojamiento) y la obligación de dar información adecuada sobre el servicio que se prestará<sup>5</sup>.

Las consecuencias de la no prestación o prestación defectuosa de las obligaciones establecidas comportarán la responsabilidad del obligado y se analizarán más adelante.

En materia turística, por el hecho de que el usuario turístico es normalmente un consumidor, es relevante una obligación especial que tiene el prestador de un servicio (de consumo en general), que es el hecho de disponer de hojas de reclamaciones (ved, por ejemplo, el Decreto 121/2013, de 26 de febrero, por el que se regulan las hojas oficiales de queja, reclamación y denuncia en las relaciones de consumo).

Las **hojas de reclamaciones** son unos instrumentos establecidos para canalizar las quejas de los usuarios de un determinado servicio que incluye, lógicamente, los servicios turísticos.

Se trata de un mecanismo puramente administrativo, que no da lugar a la resolución del conflicto. Es un modelo oficial de instancia con distintas hojas, de tal manera que una vez rellena todos los implicados se quedan una copia (reclamante y empresa reclamada) y dirigen otra a la administración competente.

Las hojas de reclamaciones tienen que seguir el modelo que apruebe la Administración pública competente y deben estar integradas por un folio original y tres copias de diferentes colores. En el momento en el que se autoriza a una empresa a ejercer una determinada actividad (por ejemplo, un bar, un restaurante o un hotel), se le entregan las hojas de reclamaciones correspondientes, que son intransferibles.

La empresa tiene que entregar al usuario las hojas de reclamaciones cuando lo solicite. Una vez rellena la hoja, el reclamante se queda una copia y, junto con la documentación complementaria que considere pertinente, la debe hacer llegar a la administración competente en materia de turismo. La empresa reclamada también tiene que remitir una de las copias de la reclamación a la Administración y conservar otra.

Una vez la Administración recibe la reclamación, si se considera que las circunstancias que la han originado pueden ser constitutivas de una infracción administrativa, abrirá el expediente sancionador correspondiente. En caso contrario, se archivará la reclamación y se informará al reclamante.

### 3.2. Obligaciones del usuario

La obligación principal del usuario del servicio es pagar el precio de este servicio.

En materia de precios, los contratantes son libres de fijar el importe de los servicios turísticos, aunque a veces alguna normativa autonómica establece la obligación de publicidad de los precios. Con respecto al pago, se puede exigir un anticipo.

Junto con esta obligación principal del usuario hay otras, algunas de las cuales son imprescindibles para el cumplimiento del servicio contratado, como la de presentarse en el lugar y la hora de salida previstos en el contrato.

El usuario también debe tener en cuenta determinadas normas de orden y comportamiento. Por ejemplo, en el transporte marítimo o aéreo tiene que respetar las prohibiciones de transportar determinados objetos, y en los contratos de alojamiento, las normas usuales de urbanidad, higiene y convivencia. Estas obligaciones se pueden prever en preceptos concretos, pero también se derivan del artículo 1258 CC.

#### Ejemplo

Por ejemplo, en caso de no presentarse en la salida, el consumidor está obligado a pagar el viaje contratado, artículo 160 a) TRLCU.

## 4. La formación del contrato turístico

### 4.1. La fase anterior a la contratación del servicio turístico

La fase anterior a un contrato también se denomina la **fase de tratos preliminares**, que son todos aquellos actos que los interesados y sus auxiliares realizan con la finalidad de elaborar, discutir y concertar una oferta vinculante o un contrato.

En la fase previa a la perfección del contrato del servicio turístico, se establecen una serie de mecanismos para proteger al usuario del servicio. Las medidas se dirigen, fundamentalmente, a procurar que el turista reciba información suficiente y veraz sobre las condiciones y características del servicio que se quiere contratar.

La normativa que regula esta fase previa a la contratación es la de **publicidad**, y también la relativa a la **defensa de los consumidores y usuarios**.

Además, hay normas específicas en la legislación turística.

La publicidad turística se tiene que someter a las exigencias establecidas en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), y la redacción de folletos informativos y programas de viaje (tanto en papel como en página web) se tiene que ajustar a los principios de veracidad, utilidad y precisión. La exigencia de claridad y precisión también forma parte de los deberes que tienen que cumplir las agencias de viaje en la redacción de los folletos y programas<sup>6</sup>.

<sup>(6)</sup>Art. 152 TRLCU

En la contratación turística con consumidores, se tiene que destacar la importancia de la regulación del artículo 61 TRLCU, en relación con la fase previa, ya que éste señala que la publicidad que el consumidor reciba es una información jurídicamente vinculante.

Inicialmente, la publicidad se presenta como un fenómeno de difusión de un producto y de una marca, que trata de crear una incitación o un reclamo para adquirirlo o contratarlo. Sin embargo, la publicidad tiene una dimensión concurrencial y una negocial. El artículo 61 TRLCU habla de la publicidad en contratos con consumidores, lo cual permite distinguir entre la publicidad que es simple reclamo y la que tiene valor informativo. Ésta es la que es fuente de

integración del contrato suscrito por el consumidor. En este aspecto, el artículo 61 TRLCU indica en qué casos el contenido de la publicidad pasa a formar parte del contenido del contrato.

### **Artículo 61, TRLCU**

#### **Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato:**

1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se debe ajustar a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.
2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas son exigibles por los consumidores y usuarios, a pesar de que no figuren expresamente en el contrato formalizado o en el documento o comprobante recibo, y se tienen que tener en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.
3. No obstante lo que dispone el apartado anterior, si el contrato formalizado contiene cláusulas más beneficiosas, estas prevalecen sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

El artículo 61.2 TRLCU permite entender que las promesas hechas dentro de la publicidad y promoción, aunque no se hayan incorporado en el contrato, quedan integradas en él. Algunos autores consideran que esto se produce así por aplicación del principio general de buena fe, siempre que de manera razonable el consumidor lo espere de esta manera<sup>7</sup>.

<sup>(7)</sup>Art. 1258 CC

Esto quiere decir que, de acuerdo con lo que establece el artículo 61.2 TRLCU, el contenido de la publicidad será exigible aunque no conste en el contrato finalmente suscrito. Como ya hemos dicho, se trata de lo que se denomina *integración publicitaria del contrato*: la oferta contractual divulgada mediante la publicidad pasa a formar parte del contenido del contrato y, por lo tanto, obliga a la agencia de viajes que ha llevado a cabo esta publicidad.

Se tiene que concretar, sin embargo, que no todo el contenido de la publicidad puede ser "contenido del contrato"; por ejemplo, no lo será aquella parte de la publicidad que es un simple elogio del producto o servicio, o aquella parte cuya finalidad propagandística es perfectamente identificable.

La vinculación de la publicidad que establece el artículo 61.2 TRLCU se produce aunque el contrato esté completo en sus determinaciones normativas. Esto quiere decir que el consumidor que confíe en la publicidad se puede olvidar del contenido del contrato, si el contenido de la publicidad le es más beneficioso que el del contrato. *Ex lege* (y no por decisión del consumidor), las cláusulas contractuales ceden cuando la publicidad es más favorable al consumidor. Por lo tanto, esta regla entra en juego siempre que el contrato suscrito no tenga cláusulas más beneficiosas, ya que, en este caso, predominan estas cláusulas por encima de la publicidad, según lo que remarca el artículo 61.3 TRLCU.

Como ejemplo de lo que hemos explicado, se pueden mencionar muchas sentencias del Tribunal Supremo: sentencias de 14/06/1976, 09/02/1981, 21/07/1993, 24/12/1994, 30/06/1997, 04/12/1998 y 07/12/1999.

Podemos destacar la sentencia del TS de 27 de enero de 1977, que dice: "siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico [...] que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el art. 1258 CC, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa".

Y la STS de 8 de noviembre de 1996, que dice: "la Audiencia no podía prescindir de los treinta y cinco folletos de propaganda [...] ya que se trata de documentos que contienen actividad publicitaria, con intención de atraer a los clientes [...] constituyendo una clara oferta [...] debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos [...]".

En el ámbito estrictamente turístico, una concreción de estos principios la encontramos en el artículo 152 TRLCU, que establece la obligación de las agencias de viaje de proporcionar a los consumidores un programa o folleto informativo en el que figure por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado. La inobservancia de esta obligación, en caso de que concurra culpa o dolo de la agencia, podría comportar la sanción administrativa correspondiente.

Otra concreción de este principio la encontramos en el artículo 9 LDAT. Este precepto establece que quien se dedique profesionalmente a la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno, cuando se propone iniciar la transmisión de estos derechos, tiene que editar un documento informativo con el contenido que establece el artículo 9 LDAT.

Sobre estas cuestiones, hablaremos con más detalle al estudiar los contratos en concreto.

Aparte de esta eficacia vinculante de la publicidad, en la fase precontractual hay que poner de relieve que se pueden fijar otro tipo de deberes, como la exigencia de que el consumidor sea informado del contenido de las cláusulas contractuales, información que se tendrá que suministrar de manera accesible y comprensible<sup>8</sup>.

<sup>(8)</sup>Art. 152.1 TRLCU

## 4.2. La formalización del contrato

En esta fase también se articulan medidas de protección del turista y los mecanismos tuitivos dispuestos por el legislador se refieren, fundamentalmente, a lo siguiente:

- Exigencia escrita en determinados casos<sup>9</sup>.
- Establecimiento de un contenido contractual mínimo<sup>10</sup>.
- Obligación de entregar un comprobante del contrato<sup>11</sup>.

<sup>(9)</sup>Art. 154 TRLCU 11.1 LDAT

<sup>(10)</sup>Art. 154 TRLCU 11 LDAT

<sup>(11)</sup>Art. 63 TRLCU

- El control de las condiciones generales de contratación (CGC) para rehacer un equilibrio entre las partes contratantes (LCGC y TRLCU).

#### 4.2.1. Exigencia escrita

A pesar de que el CC parte del principio de libertad de forma, y de que el solo consentimiento obliga<sup>12</sup>, a veces se exige una forma concreta, ya sea por escrito o ya sea en escritura pública, para poder probar un determinado negocio jurídico o bien para considerarlo válido y eficaz.

(12)Art. 1278 CC

Esto también pasa en relación con los negocios turísticos; así, hay legislación turística que, en determinados tipos contractuales, exige forma escrita. Por ejemplo, el artículo 154 TRLCU establece que el contrato de viaje combinado se tiene que formular por escrito. Asimismo, el artículo 11.1 LDAT señala que el contrato debe constar por escrito.

El estudio de los contratos en particular se hace en el módulo siguiente; no obstante, partiendo de estas normas, podemos plantear una cuestión general: ¿qué alcance tiene la exigencia de forma escrita en estos casos? ¿Son excepciones a la regla general del derecho civil de la libertad de forma contractual?

La cuestión está en observar si estos preceptos consideran la forma escrita como requisito esencial para la existencia y validez del contrato, de manera que la ausencia de esta forma comportaría su nulidad<sup>13</sup>; o bien si se puede considerar como un requisito simplemente probatorio, de tal modo que el contrato se perfeccionaría por el mero consentimiento de las partes<sup>14</sup>. Esta segunda opción es la que mantienen la mayoría de los autores, que consideran que la falta de forma escrita no comporta ni la inexistencia ni la ineficacia del contrato.

(13)Art. 1261 CC

(14)Art. 1279 CC

#### 4.2.2. Entrega de comprobante

Otra medida de protección puede ser la exigencia, una vez formalizado el contrato, de que se entregue una copia al consumidor<sup>15</sup>.

(15)Art. 154.2 TRLCU

En relación con esta cuestión, es interesante hacer referencia al artículo 63 TRLCU. Este artículo exige que en todos los contratos suscritos con consumidores, se entregue un comprobante. La finalidad de esta regla responde a una razón de política legislativa: facilitar la prueba de la realización y los términos en los cuales se ha suscrito el contrato.



## Artículo 63

### Confirmación documental de la contratación realizada:

1. En los contratos con consumidores y usuarios se debe entregar un recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando estas sean utilizadas en la contratación.

### 4.2.3. La suscripción de contratos turísticos a distancia (contratación electrónica)

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) dice que un contrato electrónico es aquel en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.

En el ámbito turístico, puede ser frecuente que un contrato se suscriba no solamente con CGC, sino también por medios electrónicos; así pues, tenemos que señalar algunas cuestiones de relevancia.

La LSSI impone a cargo del prestador del servicio unos deberes de información<sup>16</sup>, tanto previos como posteriores a la suscripción del contrato, que tienen carácter imperativo cuando el contrato es de consumo, carácter dispositivo en otro caso y que no son de aplicación cuando los contratos se suscriben en exclusiva mediante comunicaciones individualizadas, como por ejemplo correo electrónico.

<sup>(16)</sup>Artículos 27 y 28 LSSI

Dicho esto, podemos destacar las reglas siguientes:

1) Si el prestador de los servicios no señala de manera expresa un plazo de caducidad a la oferta formulada electrónicamente, esta será válida mientras sea accesible a los destinatarios<sup>17</sup>.

<sup>(17)</sup>Artículo 27.3 LSSI

2) Con carácter previo a la contratación, el prestador de los servicios tiene que poner a disposición del destinatario las CGC a las que se someterá el contrato y lo tiene que hacer de modo que este pueda almacenarlas y los destinatarios reproducirlas. En esta cuestión se tiene que tener en cuenta el Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. Debe señalarse que el Real Decreto 1906/1999 es una norma de despliegue de la LCGC y, por lo tanto, una norma aplicable a cualquier contrato (telefónico o electrónico) con CGC, tanto si se suscribe con un consumidor como si se lleva a cabo entre empresarios, a pesar de la dicción equivocada del Real Decreto 1906/1999, que habla en general solo del consumidor<sup>18</sup>.

<sup>(18)</sup>Artículo 27.4 LSSI

Junto con estas dos reglas, si se trata de contratos de consumo, es decir, si el destinatario tiene la condición de consumidor según el TRLCU, el prestador del servicio también tiene que cumplir otros deberes:

1) Con carácter previo (deberes precontractuales) debe indicar:

a) el procedimiento de suscripción del contrato;

b) si se archivará el documento electrónico con el que se formaliza el contrato y si se podrá acceder al mismo;

c) la manera de identificar y corregir errores en la introducción de datos; y

d) la lengua de formalización del contrato, que el consumidor puede elegir<sup>19</sup>.

(19) Artículo 27.1 LSSI

2) Después de la suscripción del contrato de consumo, el prestador del servicio tiene que enviar al destinatario una confirmación de la recepción del pedido que pueda ser archivada por este<sup>20</sup>.

(20) Artículo 28.1 LSSI

La LSSI ha regulado una cuestión muy relevante cuando se trata de contratos entre ausentes o a distancia, que es el momento de la perfección del contrato, y ha aportado una solución definitiva a la discusión que sobre esta cuestión había en la doctrina española.

El Código civil establecía que la perfección del contrato aceptado por carta (paradigma de contrato a distancia en el momento de la promulgación del CC) se producía por el conocimiento de la aceptación por parte del oferente (artículo 1262 CC, teoría de la cognición); mientras que el artículo 54 Cco consideraba que la perfección se producía desde la emisión de la aceptación por parte de la aceptante (teoría de la expedición). Por otro lado, la jurisprudencia (SSTS de 28 de mayo de 1976 y de 29 de septiembre de 1981) y la doctrina consideraban que la declaración de aceptación es eficaz y formaliza el contrato desde el momento en el que la recibe el oferente (teoría de la recepción), pero también que es eficaz la declaración de aceptación cuando ha impedido su recepción una circunstancia imputable a la culpa del oferente.

La LSSI ha optado por combinar las teorías de la cognición y la recepción; así, los artículos 1262 CC y 54 Cco actuales dicen lo siguiente:

“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.”

Ahora bien, cuando se trata de contratos formalizados mediante dispositivos automáticos, se sigue la teoría de la expedición, tal como establecen los artículos 1262 CC y 54 Cco actuales:

“En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”

Finalmente, debe destacarse que si el contrato es de consumo, el lugar de suscripción es el del domicilio del consumidor, mientras que en los otros casos lo es el del domicilio del prestador del servicio<sup>21</sup>.

<sup>(21)</sup> Artículo 29 LSSI

## **5. La celebración de contratos turísticos bajo condiciones generales de la contratación y/o cláusulas no negociadas individualmente**

### **5.1. ¿Qué es un contrato celebrado bajo condiciones generales de la contratación?**

Es un contrato que incorpora cláusulas contractuales denominadas condiciones generales de la contratación (CGC) porque cumplen los requisitos del artículo 1 LCGC para ser consideradas CGC. Por lo tanto, en un contrato con CGC distinguimos:

1) **Cláusulas contractuales normales:** las definitorias del precio o de las prestaciones principales. A estas se les aplican las reglas generales de la contratación: las reglas del Código civil.

2) **Cláusulas que son condiciones generales de la contratación (artículo 1 LCGC) porque son:** generales (para multitud de contratos iguales); predisuestas por la parte predisponente; e impuestas por la parte predisponente. A estas se les aplica la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

### **5.2. ¿Qué tipo de contratos celebrados bajo CGC encontramos?**

Desde el punto de vista del sujeto que se adhiere al contrato con CGC, nos encontramos que un contrato celebrado bajo CGC puede ser:

1) **Un contrato entre profesionales o empresarios,** de modo que tanto el predisponente como el adherente son profesionales (artículo 2.2 LCGC). A estos se les aplica la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

2) **Un contrato de consumo.** Se trata de un contrato celebrado entre un consumidor o un usuario y un empresario. Por lo tanto, el adherente es un consumidor (artículo 3 TRLCU).

En un contrato de consumo distinguimos:

a) **Cláusulas contractuales normales.** Las definitorias del precio o de las prestaciones principales. A estas se les aplican las reglas generales de la contratación: las reglas del Código civil.

**b) Cláusulas no negociadas individualmente.** El TRLCU se está refiriendo a un supuesto en el que la actividad creadora del contenido contractual es imputable únicamente al empresario, igual que la incorporación al contrato del contenido creado; es decir, hace referencia a supuestos donde no hay negociación contractual en relación con algunas o con todas las cláusulas contractuales.

Las cláusulas no negociadas individualmente pueden ser:

- **Cláusulas no negociadas individualmente que son condiciones generales de la contratación** (artículo 1 LCGC) porque son generales (para multitud de contratos iguales), predispuestas por la parte predisponente e impuestas por la parte predisponente. A estas cláusulas se les aplica la LCGC y el TRLCU.
- **Cláusulas no negociadas individualmente que no son condiciones generales de la contratación.** Si las cláusulas no son incorporadas a una pluralidad de contratos no son CGC y no se aplica la LCGC. A estas cláusulas se les aplica el TRLCU.

### **5.3. ¿Por qué son peculiares los contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación?**

Porque se someten a unos controles legales como son el de incorporación y el de contenido.

1) El control de incorporación tiene como función averiguar cuál es el marco del acuerdo contractual o, dicho de otro modo, determinar a qué CGC o cláusulas no negociadas individualmente se adhiere la parte contratante. Es un control formal.

El control de incorporación se basa en: **a)** Requisitos de plasmación documental y disponibilidad. **b)** Requisitos de formulación.

2) El control de contenido es el mecanismo por el que aquellas CGC o cláusulas no negociadas individualmente, que se han incorporado al contrato, se someten a una fiscalización de su contenido, con vistas a determinar si el mismo es nulo por contradecir preceptos legales o abusivos. Es un control de fondo.

### **5.4. ¿Cómo funciona el control de incorporación?**

Las reglas del control de incorporación son diferentes según el tipo de contrato que sea. Por lo tanto, vamos a distinguir:

### **5.4.1. Contrato con CGC celebrado entre profesionales o empresarios**

Para estos contratos, el control de incorporación está regulado en los artículos 5 y 7 LCGC.

#### **Requisitos de plasmación documental y disponibilidad**

1) El requisito de **plasmación documental** exige que las CGC se encuentren en el texto del contrato o que se haga referencia expresa al documento en el que las mismas se encuentran, en definitiva, que haya información sobre la existencia de las CGC (artículo 5.1 LCGC).

2) El requisito de la **disponibilidad** supone el deber de entregar (facilitar) al contratante –adherente– una copia del contrato en el que se encuentran las CGC o las CGC mismas si estas no están en el contrato perfeccionado.

El cumplimiento de los requisitos de plasmación documental y disponibilidad es necesario para considerar que ha habido aceptación del contrato con CGC.

Para considerar que las CGC se han incorporado al contrato, la LCGC también exige en particular la firma del contrato.

El requisito de la aceptación del contrato tiene un significado diferente según la forma de celebración del mismo:

**a) Cuando el contrato celebrado bajo CGC es un contrato en forma escrita, la incorporación de las condiciones al documento contractual tiene que ser completa:**

Cuando el adherente es un profesional, se dice que las CGC que no se recogen en el documento contractual le son oponibles si, por razón de su oficio o profesión, tendría que conocerlas, y siempre que haya, en el documento principal, una cláusula de remisión expresa a los documentos anejos.

**b) Cuando el contrato no se tenga que formalizar por escrito, el artículo 5.3 de la LCGC distingue:**

- Cuando el contrato no se formaliza por escrito pero el predisponente tiene que entregar un resguardo justificativo de la contraprestación recibida. En este caso, el predisponente tiene que llevar a cabo una de estas tres conductas:
  - anunciar las CGC en un lugar visible dentro del lugar donde se celebra el negocio;

- insertar las CGC en la documentación que acompaña a la celebración del contrato;
  - garantizar al adherente de otro modo la posibilidad efectiva de conocer la existencia y el contenido de las CGC en el momento de la celebración del contrato.
- Cuando el contrato no se formaliza por escrito y el predisponente no tiene que entregar resguardo justificativo de la contraprestación recibida. Para estos supuestos, la LCGC no establece ninguna regulación.

**c) En los contratos que se celebren por vía telefónica o electrónica, el artículo 5.4 LCGC establece que:**

Deberá constar en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. Y se enviará de inmediato al consumidor una justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

**Requisitos de formulación**

El artículo 5.5 LCGC establece que: "La redacción de las cláusulas generales se debe ajustar a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez".

**¿Qué pasa si las CGC no cumplen los requisitos de incorporación?**

El artículo 7 LCGC habla de la declaración de no incorporación y señala los supuestos en los que las CGC no quedan incorporadas al contrato.

1) En primer lugar, el incumplimiento de la exigencia de plasmación documental o de la de disponibilidad supone la no aceptación de la incorporación de las CGC al contrato por parte del adherente.

2) En segundo lugar, la carencia de firma del contrato o del documento que contiene las CGC se sanciona con la no incorporación de las CGC al contrato.

3) En tercer lugar, se declaran no incorporadas al contrato, en virtud del artículo 7.b LCGC, las condiciones ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras.

La declaración de no incorporación de las CGC al contrato en virtud del artículo 7 LCGC es una declaración de inexistencia por falta de requisitos positivos que impiden su existencia como contenido contractual.

La no incorporación, ex artículo 9.1 LCGC, puede ser declarada de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual (artículos 6.3, 1261, 1300, 1303 Cc).

Este régimen es el de la nulidad parcial cuando el contrato puede subsistir sin estas cláusulas.

Según el artículo 9.2 LCGC, la sentencia estimatoria de la acción de nulidad puede tener dos posibles contenidos:

a) Por un lado, la sentencia puede tener un contenido que en realidad es doble:

- La declaración de inexistencia de aquellas CGC impugnadas por el adherente, las que deberán desaparecer del contenido contractual porque en realidad nunca formaron parte de él, por el hecho de estar viciadas de ineficacia por inexistencia.
- La aclaración de la eficacia del contrato que nos remite al artículo 10 LCGC y conduce a la llamada nulidad parcial.

La nulidad parcial presupone un contrato en el que se tiene que reconstruir la regla negocial debido a la declaración de nulidad de algunas cláusulas contractuales (véanse los artículos 1116 y 1155 Cc). Para integrar el contrato, la LCGC establece expresamente, como criterio de integración, la aplicación del artículo 1.258 Cc y las reglas interpretativas del Código civil.

b) Por otro lado, el segundo contenido posible es la declaración de nulidad de todo el contrato si esta afecta a elementos esenciales del mismo (artículo 1261 Cc).

#### **5.4.2. Contrato de consumo**

##### **Contratos de consumo con cláusulas no negociadas individualmente que son condiciones generales de la contratación**

Para estos contratos, el control de incorporación está regulado en los artículos 5 y 7 LCGC (en virtud del artículo 59.3 TRLCU) y en el artículo 80.1.a) y b) TRLCU.

#### **1) Requisitos de plasmación documental y disponibilidad**

a) El requisito de **plasmación documental** exige que las CGC se encuentren en el texto del contrato o que se haga referencia expresa de las mismas en el documento en el que se encuentran. En definitiva, que haya información sobre la existencia de las CGC (artículo 5.1 LCGC). En materia de contratos de consumo, podemos extraer del artículo 80.1.b) TRLCU que el requisito de



plasmación documental se encuentra en la idea de accesibilidad, de modo que se tiene que permitir al consumidor el conocimiento de la existencia y contenido de las CGC de manera previa a la celebración del contrato.

**b)** El requisito de la **disponibilidad** supone el deber de entregar (facilitar) al contratante –adherente– una copia del contrato en el que se encuentran las CGC o las propias CGC si estas no están en el contrato concluido. El artículo 80.1.a) del TRLCU exige la posibilidad de comprensión directa, lo que se vincula al hecho de que no haya "reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los cuales, en todo caso, se tendrá que hacer referencia expresa en el documento contractual".

El cumplimiento de los requisitos de plasmación documental y disponibilidad es necesario para entender que ha habido aceptación del contrato con CGC.

Para considerar que las CGC se han incorporado al contrato, la LCGC también exige en particular la firma del contrato.

El requisito de la aceptación del contrato tiene un significado diferente según la forma de celebración del mismo:

**a) Cuando el contrato celebrado bajo CGC es un contrato en forma escrita, la incorporación de las condiciones al documento contractual tiene que ser completa.** El artículo 80.1.a) del TRLCU exige la posibilidad de comprensión directa, lo que se vincula al hecho de que no haya "reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los cuales, en todo caso, se tendrá que hacer referencia expresa en el documento contractual". Por lo tanto, el adherente –consumidor– se considera informado de la existencia de documentos anejos cuando en el documento principal hay una cláusula de referencia expresa a los mismos y estos le son entregados previa o simultáneamente a la conclusión del contrato o puestos a su disposición.

**b) Cuando el contrato no se tenga que formalizar por escrito, el artículo 5.3 de la LCGC distingue:**

- Cuando el contrato no se formaliza por escrito pero el predisponente tenga que entregar un resguardo justificativo de la contraprestación recibida. En este caso, el predisponente tiene que llevar a cabo una de estas tres conductas:
  - anunciar las CGC en un lugar visible dentro del lugar donde se celebra el negocio;
  - insertar las CGC en la documentación que acompaña a la celebración del contrato;

- garantizar al adherente de otro modo la posibilidad efectiva de conocer la existencia y el contenido de las CGC en el momento de la celebración del contrato.
- Cuando el contrato no se tenga que formalizar por escrito y el predisponente no tenga que entregar resguardo justificativo de la contraprestación recibida. Cuando el adherente es un consumidor, parece ser que no se admite un contrato en el que el predisponente no tenga la obligación de entregar un resguardo justificativo de la contraprestación recibida (artículo 63.1 TRLCU).

**c) En los contratos que se celebren por vía telefónica o electrónica, el artículo 5.4 LCGC dispone que:**

Deberá hacerse constar en los términos que reglamentariamente se establezca la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. Y se enviará de inmediato al consumidor una justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

La misma idea se plasma en materia de contratos de consumo según se establece en el artículo 80.1.b) del TRLCU.

**2) Requisitos de formulación**

El artículo 5.5 LCGC dice que: "La redacción de las cláusulas generales se debe ajustar a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez". El artículo 80.1.a) y b) del TRLCU repite los mismos requisitos de formulación que la LCGC.

La claridad, concreción y sencillez permitirán la comprensibilidad de los textos, exigencia que viene plasmada en la expresión "con posibilidad de comprensión directa".

Asimismo, el TRLCU añade un requisito de formulación nuevo, en cuanto a la LCGC, que es el de la legibilidad.

**3) ¿Qué pasa si las cláusulas no negociadas individualmente que son CGC no cumplen los requisitos de incorporación?**

El artículo 7 LCGC habla de la declaración de no incorporación e indica los supuestos en los que las CGC no quedan incorporadas al contrato.

**a)** En primer lugar, el incumplimiento de la exigencia de plasmación documental o de la de disponibilidad supone la no aceptación de la incorporación de las CGC al contrato por parte del adherente.

**b)** En segundo lugar, la carencia de firma del contrato o del documento que contiene las CGC se sanciona con la no incorporación de las CGC al contrato.

**c)** En tercer lugar, se declaran no incorporadas al contrato, en virtud del artículo 7.b LCGC, las condiciones ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras.

La declaración de no incorporación de las CGC al contrato en virtud del artículo 7 LCGC es una declaración de inexistencia por falta de requisitos positivos que impiden su existencia como contenido contractual.

La no incorporación, ex artículo 9.1 LCGC, puede ser declarada de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual (artículos 6.3, 1261, 1300, 1303 Cc). Este régimen es el de la nulidad parcial cuando el contrato puede subsistir sin estas cláusulas.

Según el artículo 9.2 LCGC, la sentencia estimatoria de la acción de nulidad puede tener dos posibles contenidos:

**a)** Por un lado, la sentencia puede tener un contenido que en realidad es doble.  
1) La declaración de inexistencia de aquellas CGC impugnadas por el adherente, que desaparecerán del contenido contractual porque en realidad nunca formaron parte del mismo por estar viciadas de ineficacia por inexistencia. Y  
2) la aclaración de la eficacia del contrato (artículos 10 LCGC y 83 del TRLCU), lo que nos conduce a la llamada nulidad parcial.

La nulidad parcial presupone un contrato en el que se tiene que reconstruir la regla negocial debido a la declaración de nulidad de algunas cláusulas contractuales (véanse los artículos 1116 y 1155 Cc). Para integrar el contrato, la LCGC y el TRLCU remiten expresamente a la aplicación del artículo 1.258 CC y a las reglas interpretativas del Código civil.

Junto con la integración en atención al artículo 1.258 CC, el juez dispone de facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes.

**b)** Por otro lado, el segundo contenido posible es la declaración de nulidad de todo el contrato si esta afecta a elementos esenciales del mismo. El artículo 83.2 del TRLCU regula el caso en el que las cláusulas subsistentes al control de contenido determinen una situación no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser enmendada, caso en el que se podrá declarar la ineficacia total del contrato.

## **Contratos de consumo con cláusulas no negociadas individualmente que no son condiciones generales de la contratación**

Para los contratos con consumidores que contienen cláusulas particulares no negociadas individualmente, que no cumplan los requisitos para ser CGC, rige el artículo 80 y siguientes del TRLCU, pero no la LCGC, puesto que, tal como su nombre indica, la LCGC solo regula las cláusulas contractuales que cumplan los requisitos de ser una CGC.

Para estas cláusulas, el control de incorporación está regulado en el artículo 80.1.a) y b) del TRLCU.

### **1) Requisitos de plasmación documental y disponibilidad**

a) El requisito de **plasmación documental** podemos extraerlo del artículo 80.1.b) TRLCU que se encuentra en la idea de accesibilidad, de modo que se tiene que permitir al consumidor el conocimiento de la existencia y contenido de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente de manera previa a la celebración del contrato.

b) El requisito de la **disponibilidad** se encuentra en la idea de comprensión directa. El artículo 80.1.a) del TRLCU exige la posibilidad de comprensión directa, lo que se vincula al hecho de que no haya "reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, se tendrá que hacer referencia expresa en el documento contractual".

Estos requisitos tienen diferente significado según el modo de celebración del mismo:

a) **Cuando el contrato celebrado con cláusulas no negociadas individualmente es un contrato en forma escrita, la incorporación de las cláusulas al documento contractual tiene que ser completa.** Cuando el adherente es un consumidor, los documentos anejos se le tienen que facilitar antes o simultáneamente a la conclusión del contrato (artículo 80.1.a) del TRLCU). Así, el adherente –consumidor– se considera informado de la existencia de documentos anejos cuando en el documento principal hay una cláusula de referencia expresa a los mismos y estos le son entregados previa o simultáneamente a la conclusión del contrato o puestos a su disposición.

b) **Cuando el contrato no se tenga que formalizar por escrito.** El predisponente tiene también la obligación de entregar un resguardo justificativo de la contraprestación recibida (artículo 63.1 TRLCU).

c) **En los contratos que se celebren por vía telefónica o electrónica,** el artículo 80.1.b) del TRLCU señala que:

“será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente”.

Aun así, se constata que solo habla de CGC y no de cláusulas no negociadas individualmente en general.

## 2) Requisitos de formulación

El artículo 80.1.a) y b) del TRLCU repite los mismos requisitos de formulación que la LCGC: concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas contractuales. La claridad, concreción y sencillez permitirán la comprensibilidad de los textos, que viene plasmada en la expresión "con posibilidad de comprensión directa". Asimismo, el TRLCU añade el requisito de la legibilidad.

## 3) ¿Qué pasa si las cláusulas no negociadas individualmente que no son CGC no cumplen los requisitos de incorporación?

Sobre esta cuestión, el TRLCU no dice nada, pero tenemos que entender que, aplicando analógicamente el artículo 82 TRLCU, las cláusulas no negociadas individualmente (que no son CGC) que no superen los requisitos de incorporación serán nulas de pleno derecho.

Las cláusulas no negociadas individualmente no incorporadas tendrán el mismo tratamiento, por lo tanto, que las cláusulas abusivas (artículo 83 del TRLCU).

## 5.5. ¿Cómo funciona el control de contenido?

Las reglas del control de contenido también son diferentes según el tipo de contrato de CGC que sea. Por lo tanto, también se hará la siguiente distinción.

### 5.5.1. Contrato con CGC celebrado entre profesionales o empresarios

El artículo 8.1 LCGC hace referencia a la declaración de nulidad de pleno derecho y prevé dos supuestos en los que las CGC son nulas: cuando contradigan, en perjuicio del adherente, lo que dispone la LCGC o lo que dispone cualquier norma imperativa o prohibitiva.

Por lo tanto, las CGC inseridas en un contrato celebrado entre profesionales se someten al tradicional control de nulidad previsto en el Código civil a través del juego de los artículos 6.3 y 1.255 Cc.

En estos contratos, si las CGC no superan el control de contenido, el artículo 9.1 LCGC remite al régimen de la nulidad parcial cuando el contrato puede subsistir sin estas cláusulas. Según, el artículo 9.2 LCGC, la sentencia estimatoria de la acción de nulidad puede tener dos posibles contenidos:

1) Por un lado, la sentencia puede tener un contenido que en realidad es doble. **a)** La declaración de la nulidad de aquellas CGC impugnadas por el adherente, que desaparecerán del contenido contractual porque en realidad nunca formaron parte del mismo por estar viciadas de ineficacia por nulidad radical (absoluta). Y **b)** la aclaración de la eficacia del contrato, que remite al artículo 10 LCGC y conduce a la llamada nulidad parcial.

La nulidad parcial presupone un contrato en el que se tiene que reconstruir la regla negocial debido a la declaración de nulidad de algunas cláusulas contractuales (véanse los artículos 1116 y 1155 Cc). Para integrar el contrato, la LCGC remite, como criterio de integración, a la aplicación de las reglas deducibles del principio de buena fe aplicado en función de integración; dicho de otro modo, la aplicación del artículo 1.258 Cc y las reglas interpretativas del Código civil (artículo 1281-1289 Cc).

2) Por otro lado, el segundo contenido posible es la declaración de nulidad de todo el contrato si esta afecta a elementos esenciales del mismo (artículo 1261 Cc).

### **5.5.2. Contrato de consumo**

#### **Contratos de consumo con cláusulas no negociadas individualmente que son condiciones generales de la contratación**

El artículo 8.1 LCGC regula el control de contenido de las CGC, que se remiten al régimen general de la nulidad contractual del Código civil. El artículo 8.2 LCGC prevé un supuesto de nulidad de las CGC aplicable solo a los contratos de consumo.

A los contratos celebrados bajo CGC con consumidores se les aplica el control de la LCGC y el control específico de la Ley 26/1984. Ahora bien, esta remisión al artículo 10bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se tiene que entender, actualmente, hecho en los artículos 80, 82 y 85 a 90 del TRLCU. Por lo tanto, el control de contenido de los contratos de consumo con cláusulas no negociadas individualmente se lleva a cabo mediante:

1) Una cláusula general de buena fe (artículos 80.1.c) y 82.1 TRLCU). Las estipulaciones que se quieran declarar abusivas tienen que causar al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio contractual; es decir, en los derechos y obligaciones contractuales.

2) Una lista de cláusulas consideradas abusivas (artículos 82.4 y 85-90 TRLCU). Se establecen 38 estipulaciones o supuestos que son, en todo caso, abusivos. O sea, la llamada lista negra. Eso significa que se considera que excluyen la buena fe y el justo equilibrio de contraprestaciones y, por lo tanto, son nulos de pleno derecho y se tienen por no puestos, por ser considerados en todo caso abusivos, los 38 supuestos que se enumeran en los artículos 85 a 90 del TRLCU. Aunque este listado no es *numerus clausus*.

La lista negra de cláusulas abusivas se divide en seis tipos:

- a) Las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario (artículo 85 TRLCU).
- b) Las cláusulas que limiten los derechos del consumidor y usuario (artículo 86 TRLCU).
- c) Las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato (artículo 87 TRLCU).
- d) Las cláusulas que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba (artículo 88 TRLCU).
- e) Las cláusulas que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (artículo 89 TRLCU).
- f) Las cláusulas que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable (artículo 90 TRLCU).

Si las cláusulas no negociadas individualmente que son CGC no superan el control de contenido, el artículo 9.1 LCGC establece el régimen de la nulidad parcial cuando el contrato puede subsistir sin estas cláusulas.

Según el artículo 9.2 LCGC, la sentencia estimatoria de la acción de nulidad puede tener dos posibles contenidos:

- a) Por un lado, la sentencia puede tener un contenido que en realidad es doble.
  - 1) La declaración de la nulidad de aquellas CGC impugnadas por el adherente, que desaparecerán del contenido contractual porque en realidad nunca formaron parte del mismo por estar viciadas de ineficacia por nulidad radical. El artículo 83 del TRLCU regula también estos efectos del control de contenido.
  - Y 2) la aclaración de la eficacia del contrato que remite al artículo 10 LCGC y conduce a la llamada nulidad parcial. La nulidad parcial presupone un contrato en el que se tiene que reconstruir la regla comercial debido a la declaración de nulidad de algunas cláusulas contractuales (véanse los artículos 1116 y 1155 Cc). El artículo 83 del TRLCU dispone que "la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.258 del

Código civil y el principio de buena fe objetiva". Junto con la integración en atención al artículo 1.258 CC, el juez dispone de facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes.

b) Por otro lado, el segundo contenido posible es la declaración de nulidad de todo el contrato si esta afecta a elementos esenciales del mismo (artículo 1261 Cc). De acuerdo con el artículo 83.2 del TRLCU, la ineficacia total es la última solución que se tiene que adoptar, puesto que debe intentar la integración procurando enmendar el desequilibrio contractual que pueda sufrir el consumidor.

### **Contratos de consumo con cláusulas no negociadas individualmente que no son condiciones generales de la contratación**

El control de contenido de los contratos de consumo con cláusulas no negociadas individualmente se lleva a cabo mediante:

1) Una cláusula general de buena fe (artículo 80.1.c) y 82.1 TRLCU). Las estipulaciones que se quieran declarar abusivas tienen que causar al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio contractual, es decir, en los derechos y obligaciones contractuales.

2) Una lista de cláusulas consideradas abusivas (artículo 82.4 y 85-90 TRLCU). Se establecen 38 estipulaciones o supuestos que son, en todo caso, abusivos. O sea, la llamada lista negra. Esto significa que se considera que excluyen la buena fe y el justo equilibrio de contraprestaciones y, por lo tanto, son nulos de pleno derecho y se tienen por no puestos, por ser considerados en todo caso abusivos, los 38 supuestos que se enumeran en los artículos 85 a 90 del TRLCU. Aunque este listado no constituye un *numerus clausus*.

Como ya hemos dicho, la lista negra de cláusulas abusivas se divide en seis tipos:

a) Las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario (artículo 85 TRLCU).

b) Las cláusulas que limiten los derechos del consumidor y usuario (artículo 86 TRLCU).

c) Las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato (artículo 87 TRLCU).

d) Las cláusulas que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba (artículo 88 TRLCU).



e) Las cláusulas que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (artículo 89 TRLCU).

f) Las cláusulas que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable (artículo 90 TRLCU).

Si las cláusulas no negociadas individualmente que no son CGC no superan el control de contenido, el artículo 83 del TRLCU indica que, en este caso, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

La sentencia estimatoria de la acción de nulidad puede tener dos posibles contenidos:

a) Por un lado, la sentencia puede tener un contenido que en realidad es doble.

1) La declaración de la nulidad de las cláusulas abusivas, que se tendrán por no puestas, es decir, desaparecerán del contenido contractual porque en realidad nunca formaron parte del mismo por el hecho de estar viciadas de ineficacia por nulidad radical. Y 2) la aclaración de la eficacia del contrato.

La nulidad parcial presupone un contrato en el que se tiene que reconstruir la regla negocial debido a la declaración de nulidad de algunas cláusulas contractuales (véanse los artículos 1116 y 1155 Cc). El artículo 83 del TRLCU señala que "la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará de acuerdo con lo que dispone el artículo 1.258 del Código civil y el principio de buena fe objetiva". Junto con la integración en atención al artículo 1.258 CC, el juez dispone de facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes, en el supuesto de que el contrato subsista, y de facultades moderadoras de la ineficacia del contrato si produce un perjuicio apreciable al consumidor.

b) Por otro lado, el segundo contenido posible es la declaración de nulidad de todo el contrato si esta afecta a elementos esenciales del mismo (artículo 1261 Cc). El artículo 83.2 del TRLCU dispone que, cuando las cláusulas subsistentes al control de contenido determinen una situación no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser enmendada, se podrá declarar la ineficacia total del contrato.

## 6. La modificación, ineficacia y extinción del contrato

### 6.1. Modificación

En principio, el contrato se tiene que cumplir según lo que se ha pactado. A pesar de esto, nos podemos encontrar ante casos en los que de manera sobrevenida se modifican las obligaciones asumidas por las partes. Hay casos en los que, con independencia de cuando las partes lo pacten, la ley permite hacer estas modificaciones en relación con algunos contratos en particular.

1) **Revisión de precios:** de entrada no es posible hacer una revisión de los mismos, a no ser que se haya previsto en el contrato<sup>22</sup>. Ahora bien, por ejemplo, el artículo 157.2 TRLCU prevé la posibilidad de que haya una revisión del precio fijado en el contrato para incorporar variaciones del precio del transporte o bien impuestos relativos a determinados servicios.

(22) Art. 157.1 TRLCU

2) **Modificación de alguna prestación:** desde que se hace el contrato hasta su cumplimiento, puede transcurrir un plazo más o menos breve. Es posible que en este plazo el organizador se vea obligado a cambiar algunos de los servicios previstos, circunstancia bastante probable, sobre todo en contratos que se tienen que cumplir en el extranjero. En algunos casos la legislación permite estos cambios, como ocurre en el artículo 158 TRLCU. En el apartado dedicado a este contrato en particular, veremos que cuando se tengan que producir modificaciones, el consumidor puede optar entre resolver el contrato o bien aceptar la modificación.

### 6.2. Ineficacia

El contrato se hace con la finalidad de que produzca los efectos jurídicos deseados y que la ley determina. Sin embargo, la eficacia en todo tipo de contrato depende del hecho de que se haya formado regularmente. El ordenamiento jurídico considera la ineficacia de un contrato según el tipo de irregularidad que presenta y, según la irregularidad, se establecen diferentes tipos de sanción, que van desde la inexistencia hasta la posibilidad de anular el contrato.

La nulidad absoluta o radical implica ineficacia y al mismo tiempo invalidez. La nulidad absoluta se da por infracción de una norma imperativa o prohibitiva (excepto que la misma norma establezca un efecto diferente para el caso de contravención, artículo 6. 3 CC), o por el hecho de contravenir la moral o el orden público<sup>23</sup>. También en los casos en los que falte alguno de los requisitos esenciales del contrato<sup>24</sup>. El contrato que es nulo no produce ningún efecto (las partes se tienen que devolver las prestaciones), no se puede convalidar

(23) Art. 1255 CC

(24) Arts. 1261 y 1300 CC

por el transcurso del tiempo, opera automáticamente y los tribunales pueden apreciar la nulidad de oficio, cualquier persona puede instar la declaración de nulidad y es imprescriptible.

La anulabilidad implica también un contrato inválido e ineficaz porque sufre algún vicio o anomalía en alguno de los elementos<sup>25</sup>. A pesar de la defectuosa redacción legal, el artículo 1301 CC determina los casos en los que procede la anulabilidad: vicios del consentimiento y cuando hay una falta o limitación de capacidad.

<sup>(25)</sup>Arts. 1263, 1265 y 1301 CC

Se trata de un contrato que empieza a producir efectos desde la perfección, si bien estos efectos son claudicantes. Por lo tanto, el contrato anulable produce efectos normalmente. Sólo lo pueden impugnar las personas concretas señaladas con esta finalidad. El ejercicio de la acción de anulabilidad está sometido al plazo de caducidad de cuatro años<sup>26</sup>. Los contratos anulables son susceptibles de confirmación o convalidación.

<sup>(26)</sup>Art. 1301 CC

Un ejemplo de supuesto en el que se podría ejercer la acción de nulidad (o anulabilidad) en materia de contratos turísticos se observa en el artículo 78 TRLCU.

#### **Artículo 78**

##### **Acciones de nulidad o resolución**

“La falta de ejercicio del derecho de dejación en el plazo fijado no es obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando sean precedentes conforme a derecho.”

La ineficacia (no invalidez) de un contrato se puede producir también en casos en los que el contrato nace y es perfectamente válido, pero por circunstancias externas a la formación del contrato, éste se convierte en ineficaz.

Para señalar una lista de supuestos en los que se produce esta ineficacia, podemos destacar los siguientes:

**1) Resolución por incumplimiento en las obligaciones recíprocas**, supuesto que se trata en materia de incumplimiento, ya que el contrato se convierte en ineficaz y se frustran los intereses de una de las partes, precisamente porque la otra ha incumplido<sup>27</sup>.

<sup>(27)</sup>Art. 1124 CC

Un supuesto específico de resolución sería aquel en el que el consumidor no acepta una modificación significativa del contrato de VC<sup>28</sup>.

<sup>(28)</sup>Artículo 158.2 TRLCU

**2) Rescisión del contrato**, que es un supuesto de ineficacia funcional, sobrevenida y provocada, por la cual un contrato válido queda sin efecto como consecuencia de la lesión o el perjuicio que se produce en uno de los contratantes o a terceros<sup>29</sup>.

<sup>(29)</sup>Art. 1290 CC

La rescisión tiene un carácter excepcional y subsidiario, y sólo opera en los casos establecidos por la ley<sup>30</sup>. La acción de rescisión está sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años y sólo la pueden ejercer las personas señaladas expresamente por la ley. Su finalidad es obtener una satisfacción económica que evite el perjuicio producido por el contrato; así pues, si no se puede obtener la restitución de la cosa porque ya no está en poder del demandado, procede la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>(30)</sup>Arts. 1291 y 1294 CC

En la legislación turística podemos encontrar casos especiales de rescisión (o resolución, aunque no entraremos en la calificación jurídica) para proteger al turista como consumidor<sup>31</sup>.

<sup>(31)</sup>Art. 1291.5 CC

En la contratación a distancia, si el vendedor incumple sus deberes precontractuales o poscontractuales, el consumidor tiene un plazo de tres meses desde la recepción del producto para resolver el contrato (*cf.* artículo 44.5 LOCM y artículo 4.3 RD 1906/1999).

**3) Mutuo disenso**, que implica un acuerdo de voluntades entre las dos partes, por lo cual se deja sin efecto el contrato. Esta facultad está incluida dentro de la autonomía de la voluntad de las partes<sup>32</sup>.

<sup>(32)</sup>Art. 1255 CC

**4) Desistimiento unilateral**, que es la facultad de denuncia del contrato por una de las partes contratantes. Este desistimiento unilateral es una excepción al principio general en materia contractual, por lo que el contrato se tiene que cumplir según lo que se ha pactado. Sólo se puede dar en casos excepcionales y tiene dos modalidades:

**a) Cuando se exige justa causa.** Se trata de casos en los que la relación contractual es de larga duración, sin plazo fijo de extinción y basada en las cualidades personales (*intuitu personae*) de las partes, de manera que si cesa la confianza mutua o el interés económico, se puede desistir del contrato, siempre de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

Encontramos ejemplos de esto en los artículos 1581, 1700.4 y 1750 CC, pero ha sido la jurisprudencia la que ha construido los requisitos para encontrarnos ante este supuesto.

**b) Cuando no se exige justa causa** (desistimiento libre o *ad nutum*). Estos casos tienen que estar expresamente reconocidos en la ley y son frecuentes en las regulaciones protectoras del consumidor (o del turista), para concederle un tiempo de reflexión posterior a la firma del contrato, es decir, cuando el contrato ya ha concluido. En estos casos, el consumidor no tiene que alegar ninguna justa causa para desistir, ni debe pagar ningún gasto. Es un desistimiento *ad nutum* porque el contrato no llega a desplegar ni siquiera los efectos típicos.

Por ejemplo, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, permite que el consumidor, en contratos perfeccionados a distancia y compraventa realizada fuera del establecimiento mercantil (según la definición del artículo 38 LOCM), pueda ejercer el derecho de desistimiento en el plazo de siete días desde la recepción del producto (artículo 44 LOCM). Ahora bien, si se trata de una prestación de un servicio (como en muchos casos de los contratos turísticos), el cómputo del plazo cuenta a partir de la celebración del contrato y antes de su ejecución (artículo 4.2 RD 1906/1999). Asimismo, el plazo también se puede contar desde la recepción completa de las CGC y desde la confirmación documental del contrato celebrado, si ésta tiene lugar después de la recepción del producto o de la celebración del contrato de prestación de servicios (artículo 4.2 y 3 RD 1906/1999).

La legislación especial puede establecer plazos de desistimiento diferentes en función del tipo de contrato; por ejemplo, el artículo 12.2 LDAT permite que el adquirente de un turno desista del contrato durante catorce días hábiles.

Por otra parte, el prestador de servicios también tiene la facultad de cancelar el viaje ofrecido y contratado con los consumidores (artículo 159 TRLCU). En estos casos, el consumidor tiene derecho a optar entre la devolución de lo que ha pagado o un viaje de características iguales o superiores. Tanto si opta por una cosa como por la otra, tiene derecho a una indemnización, cuya cantidad dependerá de cuándo tenga lugar la cancelación.

No entramos a calificar qué tipo de ineficacia es la prevista en el art. 159 TRLCU, pero no es un desistimiento libre porque se tiene que pagar una indemnización.

### 6.3. Extinción

Son causas generales de extinción de los contratos las siguientes.

- Su cumplimiento (artículo 1156 CC).
- La concurrencia de las causas de extinción previstas en el contrato.
- El transcurso del plazo de duración pactado.
- El ejercicio del mutuo disenso, aunque no se hayan cumplido las previsiones iniciales. Se trata, como hemos dicho, del acuerdo de voluntad entre las dos partes, por el que se deja sin efecto el contrato y, si procede, también se regulan las consecuencias de la extinción del contrato.
- La concurrencia de las causas de resolución de los contratos que la ley prevé con carácter general: resolución por incumplimiento contractual, artículo 1124 CC. Nos remitimos al apartado anterior. La extinción del contrato puede dar lugar, por ejemplo en caso de incumplimiento, al nacimiento, a cargo de la parte incumplidora, de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados<sup>33</sup>.

<sup>(33)</sup>Arts. 1101 y 1124 CC

- En los contratos de duración indefinida, la denuncia (desistimiento) de cualquiera de las partes (frecuentemente en estos casos se establece un plazo de preaviso). Nos podemos remitir al desistimiento unilateral con justa causa del apartado anterior.
- El desistimiento unilateral libre que ya hemos explicado también en el apartado anterior.

## 7. La responsabilidad civil de las partes por el incumplimiento de sus obligaciones

La **responsabilidad civil** significa la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

Esta responsabilidad (calificada como civil en contraposición a la penal) se clasifica tradicionalmente en **responsabilidad contractual** y **responsabilidad extracontractual o aquiliana**.

La primera surge cuando se vulnera el deber de conducta que nace de un contrato, mientras que la segunda nace cuando se causa un daño como consecuencia de un comportamiento culpable o doloso (es decir, se vulnera el deber general de no causar daño a otro). Cada uno de estos sistemas tiene reglas de funcionamiento diferentes, y por esta razón es importante determinar cuál es el que entra en juego, si bien a veces la frontera entre los dos se desdibuja.

### 7.1. Responsabilidad contractual

Las partes establecen un contrato que tiene como objeto la satisfacción de un interés. En el caso de los contratos turísticos, normalmente consiste en la prestación de un servicio, que es la principal obligación asumida por el deudor de la prestación. Veremos qué sucede cuando no se satisface el interés del acreedor. Analizaremos los mecanismos generales de atribución de la responsabilidad contractual.

#### 7.1.1. Lesión del interés del acreedor

Las obligaciones asumidas en los contratos se pueden cumplir según lo que se ha estipulado, pero puede suceder también que los intereses de las partes sean frustrados, que no se satisfagan. Es lo que se denomina *lesión del interés del acreedor*.

Esta lesión del interés del acreedor puede estar motivada por dos razones principales:

- porque el deudor no ha hecho ningún tipo de prestación;
- porque se ha hecho una prestación pero no se adecua a lo que se ha pactado.

## No se hace ninguna prestación

En este caso, nos podemos encontrar ante dos posibilidades:

1) La primera es que, si bien con retraso, todavía sea posible cumplir (retraso o mora). La mora es un retraso calificado que comporta que la obligación sea exigible, que se haya requerido al deudor y que el retraso le sea imputable. No elimina la obligación de cumplir.

Con carácter general, el artículo 1101 CC prescribe que el deudor moroso está obligado a la indemnización de daños y perjuicios por el retraso. Esta indemnización seguirá las reglas generales relativas a la responsabilidad civil contractual<sup>34</sup>.

(<sup>34</sup>)Art. 1108 CC

2) La segunda posibilidad es que el hecho de no cumplirse en un plazo concreto provoque una insatisfacción definitiva del acreedor (incumplimiento definitivo). En este caso, ya no es posible el cumplimiento tardío porque al acreedor no le interesa<sup>35</sup>.

(<sup>35</sup>)Art. 1101 CC

## Prestación defectuosa

El deudor ha llevado a cabo actos con vista al cumplimiento, pero lo que se ha hecho no se ajusta a lo que se había previsto.

Los casos de ejecución defectuosa de la prestación no se regulan orgánicamente en el CC, sólo aparecen reguladas algunas figuras contractuales.

Con carácter general, ante esta circunstancia el acreedor puede rechazar la prestación defectuosa o inexacta<sup>36</sup>, ejercer una pretensión de corrección de la prestación efectuada para que se ajuste a lo que se ha acordado<sup>37</sup>, o bien pedir una indemnización por daños y perjuicios<sup>38</sup>.

(<sup>36</sup>)Arts. 1157 y 1166 CC

(<sup>37</sup>)Arts. 1101, 1484 y 1490 CC

(<sup>38</sup>)Art. 1101 CC

Como ejemplo de la casuística en materia de cumplimiento defectuoso, citamos la sentencia de la Audiencia de Pontevedra de 16 de diciembre de 1993, cuyo fundamento de derecho primero señala:

"[...] en el ámbito de lo contratado se comprendía la conducción de los viajeros, con guía, desde el aeropuerto de Amsterdam al hotel y el regreso al aeropuerto y que tal servicio no fue prestado; igualmente, se ha admitido que la cantidad de 10.000 ptas. abonada por la entidad actora en favor de la demandada se corresponde con una *rebaja para compensar, precisamente el cumplimiento defectuoso*. Con tales antecedentes, la cuestión, el centro del debate tal como viene planteado, se reduce a determinar cuáles han de ser los efectos y cuál la medida y extensión de los mismos.

La parte demandada ha opuesto la excepción de cumplimiento irregular (*exceptio non rite adimpleti contractus*); tal excepción faculta al demandado a oponerse a un cumplimiento que vaya más allá de lo que supone retribución proporcional de la prestación ejecutada; la rebaja de 10.000 ptas. efectuada por la entidad actora pretende reducir la contraprestación de la demandada en la medida que estima haya podido ser el coste del traslado en taxi del aeropuerto al hotel y la vuelta a aquél para embarcarse de regreso a España; tal ha sido, también, la medida mantenida por la sentencia de instancia; sin embargo, entendemos que el equilibrio no se restituye con la mera y escueta valoración de la parte de prestación no cumplida, ya que el perjuicio tiene otros ribetes no meramente económicos,



que van más allá del escueto importe del viaje en taxi; ha de valorarse, al amparo del art. 1101 del Código Civil, el quebranto personal, la contrariedad que supone la situación en que la demandada y su marido se encuentran en país extranjero como consecuencia de aquel incumplimiento y que el servicio no prestado fue especialmente tenido en cuenta por la contratante del viaje, precisamente en evitación de situaciones como la que finalmente hubo de padecer. Por ello estimamos que debe incrementarse la reducción de la prestación debida, aunque no a la cantidad pretendida por la demandada (50.000 ptas.), que casi alcanza la tercera parte de la prestación contratada, pero sí a un total de 30.000 ptas. por lo que la sentencia de instancia será revocada en parte, reduciendo lo debido por la demandada a un total de 96.066 pesetas."

Sentencia de la Audiencia de Pontevedra (16 de diciembre de 1993)

### 7.1.2. Imputación de la responsabilidad

Una vez se ha constatado la insatisfacción del acreedor, hay que ver a quién es imputable para determinar las responsabilidades.

Será imputable al deudor cuando la lesión del derecho de crédito sea debida a culpa (negligencia) o a dolo<sup>39</sup>, aunque también hay casos de responsabilidad objetiva, es decir, independientemente de la culpa del deudor<sup>40</sup>.

<sup>(39)</sup>Art. 1101 CC

<sup>(40)</sup>Art. 1105 CC

Por el contrario, no le será imputable cuando la prestación no se pueda llevar a cabo por causas completamente ajenas a la voluntad del deudor: caso fortuito, fuerza mayor<sup>41</sup> o bien por la intervención del mismo acreedor o de un tercero ajeno a la relación contractual.

<sup>(41)</sup>Art. 1105 CC

Por ejemplo, si el acreedor de la prestación no se presenta en el aeropuerto en el momento de salir el avión que debe tomar, la prestación no se ha cumplido por causas exclusivamente imputables al acreedor. De hecho, lo que ha sucedido es que el acreedor no ha cumplido su obligación de presentarse el día y la hora indicados.

Puede suceder también que la lesión provenga del hecho de un tercero; en este caso, su responsabilidad se podrá articular mediante las reglas de la responsabilidad civil extracontractual<sup>42</sup>.

<sup>(42)</sup>Art. 1902 CC

En todo caso, para que el deudor quede exonerado de responsabilidad es necesario que no se encuentre en mora.

### 7.1.3. La defensa del derecho de crédito

El ordenamiento jurídico proporciona un conjunto de facultades y acciones al acreedor con el objetivo de reclamar la satisfacción de su interés, en los casos en los que se ha visto insatisfecho totalmente o parcialmente.

Ante la lesión del derecho de crédito por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación, el acreedor dispone de una acción para obtener la condena del deudor de que cumpla lo que debe y de que lo haga de la

<sup>(43)</sup>Art. 1124 CC

manera convenida (acción de cumplimiento). Además, en determinados casos (obligaciones recíprocas) también tiene la posibilidad de resolver el vínculo obligatorio<sup>43</sup>.

Sin embargo, la acción de cumplimiento no agota las medidas protectoras del acreedor. A pesar de la condena judicial, es posible que el deudor no cumpla voluntariamente. El acreedor tiene derecho a que se satisfaga su interés tal y como se pactó. Nos encontramos, entonces, frente a lo que se denomina *ejecución forzosa* en forma específica mediante la intervención de la autoridad judicial<sup>44</sup>.

(44) Arts. 1096 y 1098 CC, y artículo 699 y siguientes LEC

De esta manera, por ejemplo, si una compañía aérea se niega a prestar el servicio de transporte contratado, sin ninguna razón, una vez exigido infructuosamente el cumplimiento de la obligación la autoridad judicial puede mandar que otra compañía haga el transporte a cargo del incumplidor<sup>45</sup>.

(45) Arts. 1098 CC y 706 LEC

De entrada, el acreedor tiene que reclamar el cumplimiento de la obligación, el cumplimiento en forma específica, siempre que sea posible. Sólo cuando no sea posible, se puede exigir el cumplimiento por equivalente<sup>46</sup>. El cumplimiento por equivalente es la transformación de la obligación pactada, que no se cumple, en otra consistente en abonar una suma que represente el valor de lo que se ha pactado.

(46) Sentencias del TS 9.05.1968 y 24.04.1973

Además de las acciones de cumplimiento, tanto en forma específica como por equivalente, el acreedor perjudicado tiene una acción para ser indemnizado por los daños y perjuicios que el incumplimiento le ha ocasionado (acción de resarcimiento). El fundamento de esta acción es el artículo 1101 CC.

De acuerdo con el artículo 1106 CC, la indemnización de daños y perjuicios comprende:

El daño emergente, que es el valor de la pérdida que el acreedor ha sufrido con el incumplimiento, y el lucro cesante, es decir, las ganancias que el acreedor ha dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento del deudor. También se incluyen los daños morales, que son indemnizables, ya que el artículo 1106 CC no los excluye.

La jurisprudencia no exige que el daño moral sea consecuencia necesaria del incumplimiento y para probarlo no hay una prueba objetiva, sino que se tiene que probar en función de las circunstancias concurrentes (sentencias del TS de 09.12.1994, 15.02.1994, 3.06.1991, 20.06.1988 y 31.05.2000).

Para conocer un caso real de lo que es un daño moral, podemos exponer lo que dice la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (sección 3.<sup>a</sup>) de 9 enero del 2002, en el fundamento de derecho tercero:

"[...] la prolongación del retraso en la entrega del equipaje facturado hasta pocas horas antes de la salida del vuelo de vuelta y, por tanto, de la finalización del viaje de placer emprendido por los actores ha implicado un propio daño moral para éstos, al no haber podido disfrutar debidamente del mismo, a cuyo efecto conviene volver a traer a colación aquí las ya citadas sentencias de 31 de mayo del 2000 del Tribunal Supremo y de 11 de octubre del 2000 de esta Sala: así, en aquélla se viene a señalar que en el concepto de daños morales resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad [...] como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna."

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 3.ª, de 9 enero del 2002)

Sin embargo, para determinar el verdadero alcance de la indemnización, también será necesario tener en cuenta la conducta del deudor y, en concreto, si ha concurrido negligencia o dolo. En el primer caso, únicamente se responderá de los daños previsibles, mientras que en el segundo caso se responde de todos los daños que se deriven de la falta de cumplimiento<sup>47</sup>.

<sup>(47)</sup>Art. 1107 CC

La culpa y el dolo tienen que ser probados por el acreedor. Sin embargo, la jurisprudencia (por ejemplo, sentencias del TS 2.10.1995 y 14.11.1996) ha suavizado esta exigencia creando una inversión de la carga de la prueba, de manera que entiende que hay una presunción de culpa del deudor de acuerdo con lo que disponen los artículos 1183 CC y 386 LEC, y es el deudor quien tiene que probar el cumplimiento correcto o la circunstancia sobrevenida eximente (fuerza mayor o caso fortuito, artículo 1105 CC).

## 7.2. Responsabilidad extracontractual

Como hemos visto, la responsabilidad contractual surge cuando se incumplen unas obligaciones establecidas previamente entre los sujetos de una relación contractual.

Por el contrario, la responsabilidad extracontractual nace cuando una persona causa un daño a otra y este daño no es una vulneración de un deber contractual, sino del deber general de no causar daños a los otros.

El artículo 1902 CC establece que quien mediante una acción o una omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Ahora bien, el Código civil español no sólo entiende que hay responsabilidad extracontractual atribuible a una persona cuando el daño proviene de esta persona (que se denomina *responsabilidad por hechos propios*), sino que también es exigible la responsabilidad extracontractual por los hechos dañinos llevados a cabo por las personas de las cuales se tiene que responder (como enuncia el artículo 1903 CC).

Con respecto a los daños que puede sufrir el usuario de servicios turísticos, en algunos casos es dudoso si representan una infracción del contenido del contrato o bien del deber general de no causar daños a los otros. Esto sucede, por ejemplo, en el caso del contrato de transporte. Si en un accidente de autocar un viajero sufre un daño, a la hora de exigir responsabilidades al transportista

<sup>(48)</sup>Art. 1902 CC y siguientes

se puede considerar que hay una vulneración del deber general establecido en el contrato de transporte de procurar la indemnidad del viajero, o bien se puede calificar como una vulneración del deber general de no causar daños. En el primer caso nos encontraríamos ante la responsabilidad contractual, mientras que en el segundo, ante la extracontractual. Sin embargo, según la doctrina mayoritaria, son aplicables las reglas de la responsabilidad contractual cuando el daño entra dentro de la esfera de lo que se ha pactado, y se excluiría la aplicación de las reglas que regulan la responsabilidad extracontractual<sup>48</sup>.

En el caso de los contratos turísticos, nos encontramos muchas veces con que el prestador efectivo del servicio no ha contratado con el usuario, sino que este último lo ha hecho con un intermediario (la agencia de viajes). En la medida en que entre el prestador del servicio (incumplidor) y el usuario no hay vínculo contractual, este último podría acudir contra el primero, basándose en los artículos 1902 CC y siguientes, para reclamar los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, esta solución no es la más correcta. En caso de que el servicio no se preste adecuadamente, el usuario se tiene que dirigir contra el sujeto con quien ha contratado, la agencia intermediaria. Estamos, pues, ante un caso de responsabilidad contractual y el intermediario no puede eludir su responsabilidad alegando que quien ha incumplido es el prestador efectivo del servicio. Las cláusulas por las cuales el organizador se exonera de responsabilidad y la descarga sobre el prestador del servicio serán nulas, porque son contrarias a la ley. Son las agencias las que responden directamente frente al consumidor, aunque posteriormente puedan reclamar contra el efectivo incumplidor (así lo establece expresamente el artículo 162.1 TRLCU).

Finalmente, puede haber casos en los que el usuario sufra un daño cuando disfruta de un servicio turístico y que el daño no tenga nada que ver con el servicio contratado. Por ejemplo, el turista está tomando el sol en la piscina del hotel y le cae una maceta encima desde un balcón de una habitación que le causa una lesión grave. En este caso, estaríamos ante un caso en el que entra en juego la responsabilidad civil extracontractual<sup>49</sup>. Aquí la responsabilidad sería del hotel (el prestador del servicio), y no de la agencia de viajes (intermediario) con la que ha contratado el usuario del servicio.

<sup>(49)</sup>Arts. 1902 y siguientes del CC

Para entender la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC, se tienen que conocer los elementos que deben concurrir para poder derivarse esta responsabilidad: acción u omisión; daño a persona o a cosa; relación de causalidad entre la acción u omisión culpable y el daño producido, y culpa o negligencia. Esta responsabilidad se denomina también *responsabilidad subjetiva* porque está basada en la existencia de culpa, de manera que el causante de un daño sólo responde cuando en su acción existe la voluntad de dañar o negligencia (precisamente a esto se refiere el artículo 1902 CC, cuando vincula la reparación del daño al hecho de que éste se haya causado interviniendo culpa o negligencia).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 24 de julio del 2002, en relación con un establecimiento turístico, expone de manera muy clara los elementos exigidos para poder aplicar el artículo 1902 CC, los cuales el interesado tiene que probar (estos elementos aparecen en cursiva):

"SEGUNDO [...] Considera el apelante que el primer presupuesto constituido por el *daño experimentado por el actor como consecuencia de la caída en la piscina del hotel* ha quedado probado, tanto por confesión judicial de la demandada, como por prueba testifical; y también se han acreditado las lesiones a través del parte médico de urgencias como del informe de un especialista, comprensivo del diagnóstico, días de incapacidad y secuelas.

El segundo presupuesto viene dado, según argumenta el apelante, por *la conducta omisiva de la demandada ya que, siendo una de sus obligaciones mantener en perfecto estado las instalaciones, no adoptó las medidas legales oportunas para evitar posibles lesiones como la sufrida por el actor.*

Y en cuanto al tercer presupuesto, considera que consiste en *la relación de causa-efecto existente entre la conducta omisiva del demandado, consecuencia de no cumplir la legislación vigente en la fecha de producción del accidente, al no ser la zona de playa de la piscina de material antideslizante e impermeable lo que de serlo hubiera evitado la caída y las consiguientes lesiones.*

TERCERO Revisadas las actuaciones que obran en autos, relativos a la prueba de los hechos en que se fundamenta la demanda, debe admitirse *la concurrencia del primer requisito por resultar así de la prueba de confesión del demandado y de la documental aportada por el actor.*

No puede decirse otro tanto de los otros dos presupuestos. [...] al no constar en autos que la zona de playa del Hotel Paraíso en la fecha de la lesión sufrida por el actor fuera de material deslizando y permeable, *no puede decirse que el demandado incurriera en conducta omisiva culpable al no remediar la anomalía, ni concluirse fundadamente que aquélla fuera la causa de las lesiones sufridas por el actor.*"

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (24 de julio del 2002)

Sin embargo, en una sociedad de riesgo como la actual, la situación varía considerablemente, ya que los individuos utilizan para conseguir sus fines medios sobre los cuales tienen un control muy escaso o de los cuales desconocen todas las consecuencias. Esta situación ha propiciado un cambio de mentalidad social que pone el acento más en la necesidad de indemnizar a las víctimas de los daños que en la necesidad de encontrar una actuación culpable en el responsable de estos daños. Sin embargo, este cambio de mentalidad social no ha estado acompañado de una variación radical del ordenamiento jurídico, de manera que la responsabilidad objetiva sea la regla y la responsabilidad por culpa, la excepción.

Ante esta nueva situación, nuestro ordenamiento jurídico, tal y como pone de relieve De Ángel Yaguez, reacciona de dos maneras diferentes y complementarias para introducir la responsabilidad objetiva:

1) Por una parte, orienta la interpretación y la aplicación de las normas y los principios jurídicos basados en la exigencia de culpa, de tal manera que se encaminen a otorgar la máxima protección a las víctimas del daño.

Las consecuencias más importantes de esta manera de interpretar las podemos resumir, a la vez, en dos:

a) Se hace recaer sobre el presunto responsable del daño la carga de la prueba de que no fue su negligencia la que causó el daño, invirtiendo la carga de la prueba tradicional, que dice que corresponde probar a quien afirma y no a quien niega, por lo cual su posición se convierte en más incómoda, ya que si no consigue probar la falta de responsabilidad se le condenará (mientras que con la doctrina tradicional, el que había sufrido el daño tenía que probar que el responsable lo había causado y, además, que lo había causado por negligencia).

b) Por otra parte, se le exige, en el cumplimiento de la actividad potencialmente peligrosa que ha decidido llevar a cabo, no la diligencia media normal sino una diligencia máxima, en la cual pueda prever y controlar todas y cada una de las consecuencias de su actuación.

Como ejemplo específico, podemos continuar con la lectura de los fundamentos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 24 de julio del 2002, en relación con un establecimiento turístico, y que expone (en cursiva lo más destacado):

"CUARTO Una corriente jurisprudencial ya consolidada ha introducido en la materia culpa extracontractual prevista en el artículo 1902 del CC un criterio objetivador que se manifiesta en dos aspectos: *por un lado la inversión de la carga de la prueba en el sentido de atribuir a quienes se imputa la causación del daño, y no al que lo sufre, la carga de desvirtuar la presunción de culpa; y por otro, la agravación de la diligencia exigida*, correspondiendo al demandado probar que adoptó cuantas medidas eran necesarias y que no incurrió en negligencia alguna sino que actuó con la máxima diligencia.

En el presente caso, el demandado ha acreditado [...] que la piscina en que ocurrió la caída del actor no adolecía de los defectos que le atribuía el apelante como causa de aquélla; con lo que aquél cumplía en el momento del accidente los requisitos reglamentarios. No dice el apelante qué medidas pudo tomar el demandado, ni consta en autos cuáles podrán ser con arreglo a los cánones sociales y circunstancias del caso. Finalmente hay que señalar que pese a la corriente jurisprudencial antes aludida, la responsabilidad por culpa extracontractual del artículo 1902 **no es una responsabilidad objetiva sino que requiere la existencia en quien se atribuye el daño de un elemento o negligencia e imprecisión en la adopción de las medidas necesarias para evitar la producción de aquél**, que no consta que se haya dado.[...]."

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (24 de julio del 2002)

2) Por otra parte, la segunda manera de introducir la responsabilidad objetiva se produce mediante nuevas normas dominadas por la intención de resarcir a quien sufre el daño por el simple hecho de sufrirlo, con independencia de que haya habido culpa o negligencia por parte del causante. Hay que decir que esta introducción de normas no ha sido general, sino fragmentaria, y que tiende a producirse en los sectores de las actividades humanas que más peligrosidad presentan (por ejemplo, la navegación aérea). Se trata, pues, de determinar con cargo a qué patrimonio se imputa el coste de la indemnización.

Por ejemplo, la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, establece una responsabilidad objetiva en el artículo 116:

"El transportista es responsable del daño o perjuicio durante el transporte. Primero. Por muerte, lesiones o cualquier otro daño corporal sufrido por el viajero. Segundo. Por destrucción, pérdida, avería o retraso de las mercancías y de los equipajes facturados o de mano."

Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (artículo 116)





## Ejercicios de autoevaluación

1. En la regulación de los contratos turísticos, ¿con qué tipo de normas nos podemos encontrar?
2. ¿Están los denominados *contratos turísticos* regulados expresamente de manera general?
3. ¿Tiene cualquier sujeto que contrata un servicio turístico necesariamente la condición de consumidor utilizada en el TRLCU?
4. Cuando se hace publicidad de un determinado servicio turístico, ¿vincula la información que consta en la promoción al organizador del viaje que hace la publicidad en cuestión?
5. El señor Mateo es un jubilado a quien le hace mucha ilusión ir a un parque de atracciones. Puesto que en su pueblo no hay ninguno, acude a una agencia de viajes que le proporciona un programa oferta, que incluye el transporte en autocar a un parque de atracciones, la entrada al parque y la comida en un bufete libre del recinto.

Se va de excursión y, cuando es la hora de comer, ofrecen al grupo una bolsa de picnic. La empresa alega que los restaurantes están muy saturados y no admiten más comensales. El señor Mateo está enfurecido, pero no tiene más remedio que comerse los bocadillos que le ofrecen, ya que efectivamente no le dejan entrar en el restaurante. ¿Qué protección tendría ante este cambio?

6. ¿Es correcta la afirmación siguiente?

"Las cláusulas que figuren en un contrato llevado a cabo entre una agencia de viajes y un consumidor no pueden ser objeto de ningún control con respecto a su contenido. En definitiva, si se ha suscrito el contrato, es prioritario lo que las partes han pactado por encima de cualquier otra consideración."

7. La agencia Persia Viajes, S. L. contrata con la empresa Bayerisches Reisebüro GmbH la reserva de determinadas plazas de hotel para distintos grupos de viaje, algunas de las cuales son finalmente canceladas por Persia Viajes. La otra empresa reclama una cantidad en concepto de gastos de cancelación. Según ésta, se remitieron a Persia Viajes las CGC, en las cuales, con respecto a las cancelaciones, aquélla se reservaba la posibilidad de cobrar gastos de cancelación por los servicios. La agencia Persia Viajes, a pesar de las CGC, considera que no es usual en estos contratos cobrar gastos de cancelación.

¿Qué empresa tiene razón?

8. Ana contrata un viaje en una agencia de viajes de Mahón. Firma el contrato y en el reverso del contrato, sin ninguna firma, hay una lista de cláusulas generales que describen cuáles son las condiciones de su contrato.

Una de las cláusulas dice:

"Para el cumplimiento e interpretación de este documento, las partes se someten a los tribunales de Barcelona, con renuncia expresa al fuero que por cualquier causa a las partes pudiera corresponderle."

Responded:

- a) ¿Supera esta cláusula el control de incorporación de las CGC?
- b) ¿Supera el control de contenido de las CGC?

9. ¿Cuándo se entiende perfeccionado un contrato de compraventa de un billete de avión formalizado mediante la página web del transportista?

10. Responsabilidad extracontractual. Responded:

- a) ¿Cuáles son los tres elementos que tiene que probar la persona perjudicada por la actuación u omisión negligente del otro?
- b) ¿Qué dos variables cambian cuando aplicamos la teoría de la culpa objetivada?

11. ¿Cuál es la definición de daño moral?

12. Leed la sentencia siguiente de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (sección 3.ª) de 9 de enero del 2002, y responded:

- a) Los demandantes fundamentaban dos de sus peticiones en el artículo 1902 CC, pero el Tribunal considera que este artículo no es aplicable a una de las peticiones que hacen y a la otra sí. ¿A cuál no es aplicable y por qué?
- b) En esta petición en la que el Tribunal dice que no es aplicable el artículo 1902 CC, ¿por qué creéis que los demandantes lo utilizaron?
- c) ¿Qué petición tiene de manera correcta por base el artículo 1902 CC? ¿Por qué?

### "FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En la demanda instauradora de la presente litis se venía a ejercitar contra la compañía aérea demandada Spanair una acción de responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código civil, y a tal efecto, después de relatarse en síntesis en ella que los dos matrimonios actores habían contratado la realización entre los días 11 y 14 de diciembre de 1999 de un viaje de placer a Lanzarote, en el que el transporte aéreo lo realizaba la entidad demandada, y que una vez llegados al citado lugar de destino, sobre las 14:30 horas del día 11, la entrega a los mismos del equipaje facturado en el aeropuerto de salida no fue verificada hasta las 20 horas del día 13, esto es, prácticamente unas horas antes de la finalización de la estancia en la isla, se interesaba la condena de la demandada a indemnizar a los actores, por un lado, en la cantidad de 165.068 pesetas gastada por éstos para la compra de la ropa, efectos de aseo personal y medicamentos indispensables para los más de dos días en que no pudieron disponer de sus equipajes y, por otro, en la de 245.200 pesetas, constitutiva del precio de los cuatro viajes contratados, por el daño moral sufrido por los actores al no haber podido disfrutar debidamente de éstos a causa de la tensión, incomodidad y molestias padecidas por la tardanza en la recuperación de las maletas.

Por su parte, la sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional, desatendiendo al efecto todas las defensas y excepciones hechas valer por la demandada, ha estimado plenamente la demanda, y contra ella se ha alzado esta última a través del presente recurso de apelación, en solicitud de que la pretensión objeto de la litis resulte rechazada en todos sus extremos.

SEGUNDO. Entrando en el estudio de la primera de las pretensiones de responsabilidad extracontractual ejercitadas en la demanda, de condena de la demandada al reembolso a los actores de la suma de 165.068 pesetas desembolsada por éstos para la compra de ropa, efectos de aseo personal y medicamentos precisados para los más de dos días en que se retrasó la entrega a los mismos del equipaje, a la vista de lo dispuesto en los artículos 116-2.º, 118-3.º, 120 y 121 de la Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, procede la estimación en este punto del recurso, al carecer aquélla de toda cobertura legal.

En este sentido, la referida ley es perfectamente clara en limitar hasta un máximo del equivalente al precio del transporte el importe de las indemnizaciones concedibles para el resarcimiento de cualquier perjuicio pecuniario derivado del retraso en la entrega de los equipajes facturados, sin más excepción a ello –que no es aplicable al caso de autos, al no haber sido invocado ni acreditado por los actores– que el supuesto en que el retraso haya obedecido a dolo o culpa grave del transportista o de sus empleados, con lo que mal pueden los actores pretender, por vía del instituto de la responsabilidad extracontractual y al margen de la regulación especial de la Ley sobre Navegación Aérea, verse reembolsados de los gastos derivados de la tardanza en la recuperación de sus maletas, cuando el objeto del ya citado artículo 118-3.º de esta última ley no es otro que, precisamente, el de atender el evento de quedar el viajero privado temporalmente de la disponibilidad de lo facturado.

A este respecto cabe señalar, además, que el criterio anterior, de exclusión de la indemnizabilidad en cuanto tal de los gastos realizados para suplir en lo indispensable la transitoria falta de disposición del contenido del equipaje, ya fue adoptado por esta misma Sala en su sentencia de 19 de junio del 2000, y sin que contra ello pueda oponerse a su vez lo resuelto en la de 11 de octubre del 2000, también de esta sección tercera, ya que en esta última, tal como así se desprende claramente de lo relatado en el primer párrafo del fundamento de derecho cuarto, la condena al reembolso de los referidos gastos obedeció y se fundó en los actos propios de la transportista aérea, que había ofrecido indemnizar a los actores en una cantidad similar al importe de los gastos

TERCERO. En cuanto a la otra de las de las pretensiones planteadas en la demanda, también de responsabilidad extracontractual, de reclamación de una indemnización equivalente al precio total de los cuatro viajes contratados –245.200 pesetas– por el daño moral sufrido por los actores al no haber podido disfrutar debidamente de éstos a causa de la tensión, incomodidad y molestias padecidas por la tardanza en la recuperación de las maletas, procede en todo caso ratificar el reconocimiento que en la sentencia combatida se hace del derecho de la parte actora a la obtención de un resarcimiento por este concepto, sin que sean atendibles en este punto ninguna de las objeciones y defensas aducidas al efecto por la demandada en su escrito de recurso: 1. Así, en primer lugar, es

incuestionable que el daño moral de que ahora tratamos escapa y queda fuera del ámbito de aplicación de la regulación especial de la responsabilidad del transportista aéreo por el «daño o perjuicio durante el transporte» a que alude con carácter general el artículo 116 de la Ley sobre Navegación Aérea y que aparece desarrollada en el capítulo XIII de la misma, ya que el artículo 117 de la misma sólo prevé indemnizaciones en favor del viajero por «muerte o incapacidad», en tanto que las recogidas en el artículo 118 lo son «respecto a la carga o equipaje facturado o de mano»; y en este sentido, no puede dejarse de tener en cuenta aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo del 2000, que vino a confirmar la condena de una transportista aérea al pago de una cierta cantidad fijada discrecionalmente al margen de las indemnizaciones previstas en la Ley sobre Navegación Aérea por «las molestias, incomodidades y tensiones soportadas, conceptuadas como daños morales» que tuvieron lugar por consecuencia de un retraso de ocho horas sufrido por el vuelo que debía trasladar al actor desde el aeropuerto de Nueva York al de Barcelona, y que en tal medida ha venido a reconocer la resarcibilidad al amparo de la normativa común de los daños morales dimanantes de los retrasos en el transporte aéreo y la correlativa exclusión de los mismos del ámbito de aquella ley especial.

Por otra parte, tampoco plantea duda alguna el hecho de que la prolongación del retraso en la entrega del equipaje facturado hasta pocas horas antes de la salida del vuelo de vuelta y, por tanto, de la finalización del viaje de placer emprendido por los actores ha implicado un propio daño moral para éstos, al no haber podido disfrutar debidamente del mismo, a cuyo efecto conviene volver a traer a colación aquí las ya citadas sentencias de 31 de mayo del 2000 del Tribunal Supremo y de 11 de octubre del 2000 de esta Sala: así, en aquélla se viene a señalar que en el concepto de daños morales «resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna», en tanto que la otra viene a declarar aplicable esta transcrita doctrina sobre el daño moral al caso allí planteado, idéntico al presente, «en que la compañía no ha justificado el retraso en la entrega de la maleta a su destino», que «resultó importante al durar la espera tres días y crear en los perjudicados una afección psíquica que no les permitió disfrutar enteramente de sus vacaciones». 3. A su vez, resulta de todo punto irrelevante a los presentes fines el hecho de que los actores no hayan acreditado la imputación del retraso litigioso a culpa de la demandada ya que, amén de que ésta en ningún momento ha invocado la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, de cualquier forma, es harto conocido el asentadísimo criterio jurisprudencial de inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. 4. Por último, tampoco puede reconocerse habilidad alguna para excluir la procedencia de la indemnización de que ahora se trata al hecho de que el primer requerimiento practicado por los actores a la demandada mediante burofax y carta certificada (documento núm. 4 de la demanda) sólo contuviese la reclamación del reembolso de la suma gastada de 165.068 pesetas, pero no del resarcimiento de los daños morales, ya que al tratarse de dos perjuicios diferentes nada obligaba a que, ya desde un principio, tuviesen ambos que ser forzosamente objeto de una petición conjunta.

Y en relación con la cuantificación de la presente indemnización por daños morales, cabe sentar a su vez lo siguiente: 1. A estos efectos ha de volverse a rechazar aquí la nuevamente invocada falta de legitimación causal de los coactores Srs. M. C., T. B. y Comet Gimbatí, por haber facturado equipaje únicamente D. Hector L., ya que, partiendo de la consideración de que está probado y admitido por todas las partes que los cuatro demandados viajaron en el mismo vuelo y para idéntica finalidad de disfrutar de unas vacaciones de cuatro días fuera de sus respectivos lugares de residencia, resulta notorio entonces que todos ellos debían llevar equipaje, si bien su facturación conjunta la realizó físicamente el Sr. Lisandro, a cuyo fin ha de recordarse otra vez que la acción ejercitada en la presente litis no se funda en la Ley sobre Navegación Aérea sino en los artículos 1902 y siguientes del Código civil. 11. Por el contrario, asiste la razón a la apelante, y procede en este punto la parcial estimación del recurso, en orden a que en la demanda los actores han ido contra sus propios actos al reclamar por este concepto la cantidad de 245.200 pesetas, siendo así que en el acto de conciliación celebrado con la demandada (documento num. 7 de la demanda) el daño moral sufrido a consecuencia de la tardanza en la recuperación de las maletas fue cifrado por ellos en 200.000 pesetas, que es la suma, pues, a cuyo pago ha de ser en definitiva condenada la demandada."

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (sección 3.ª, de 9 de enero del 2002)

## Solucionario

1. Nos podemos encontrar con preceptos normativos que figuran en convenios internacionales, con normas de carácter comunitario, con normativa estatal y también autonómica. Asimismo, las partes, partiendo del principio de autonomía de la voluntad, también podrán establecer los pactos que consideren convenientes dentro de los límites que establece el artículo 1255 CC, es decir, que no sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público.

2. No hay una normativa o cuerpo legal independiente que, con carácter general, regule los denominados *contratos turísticos*. Esta categoría es creada por los autores para analizar unos contratos que tienen unos rasgos más o menos comunes, como el hecho de que se llevan a cabo para satisfacer una necesidad principalmente de recreo y que las prestaciones que se derivan de éstos se cumplen normalmente fuera del lugar de residencia habitual del usuario.

Hay que remarcar que, si bien muchos contratos turísticos o que se hacen habitualmente en el sector turístico son atípicos, no están expresamente regulados por el legislador (por ejemplo, el contrato de reserva de plazas en régimen de contingente). A pesar de esto, también hay leyes determinadas que regulan figuras contractuales concretas de carácter turístico: TRLCU y LDAT.

3. Depende, el usuario de un servicio turístico y el consumidor según los términos empleados por el TRLCU pueden coincidir o no. El TRLCU utiliza un término más amplio de consumidor basado en la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (artículo 3 TRLCU).

4. Sí. Si se trata de un viaje que queda dentro del ámbito de aplicación de regulación de los VC, la publicidad vincula basándose en lo que establece el artículo 153 TRLCU.

Si no se trata de un viaje combinado, pero el sujeto que contrata tiene la consideración de consumidor ex artículo 3 TRLCU, también será vinculante la publicidad de acuerdo con lo que establece el artículo 61 TRLCU.

5. Hay que remarcar que no es aplicable la regulación de VC (contrastad el supuesto de hecho con el artículo 151.1.a) TRLCU). En cambio, sí sería aplicable el TRLCU y, en concreto, el artículo 61, que establece la regla de la integración de la publicidad en el contrato. Por lo tanto, la oferta hecha vincula a la agencia de viajes, se integra dentro del contrato suscrito entre el señor Mateo y la agencia. Se ha producido, pues, un incumplimiento contractual y podría reclamar por este motivo (artículo 1101 CC). La agencia de viajes podría alegar que no tenían ninguna alternativa (y que el incumplimiento no les era imputable). Debería analizarse hasta qué punto efectivamente era imposible cumplir, para determinar si el incumplimiento es o no imputable a la agencia de viajes. No parece que fuera realmente imposible cumplir, ya que se ha podido llevar a los integrantes del grupo a comer en un restaurante de fuera del parque. Si efectivamente el incumplimiento es imputable a la agencia, el señor Mateo podría reclamar como indemnización una devolución parcial de lo que pagó.

6. Esto no es cierto. Aunque el artículo 1255 CC señala que las partes pueden establecer los pactos, las cláusulas y las condiciones que consideren convenientes (con los límites previstos en el mismo precepto), en muchos casos el consentimiento manifestado no corresponde a una verdadera negociación del contenido del contrato. Por esta razón, las estipulaciones que no hayan sido negociadas individualmente están sujetas a un control más estricto. Si estas cláusulas impuestas en definitiva de manera unilateral causan un desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones de las partes, se consideran abusivas y son nulas de pleno derecho (artículo 183 TRLCU).

7. Este caso hace referencia a una contratación *business to business*, de manera que las dos partes son profesionales. En estas relaciones contractuales, la LCGC (artículo 2) también es aplicable. Por otra parte, la regulación de las CGC que figura en el TRLCU no lo es.

En este caso, se ha producido un cumplimiento de los requisitos del control de incorporación de la LCGC (artículo 5), ya que las CGC han sido facilitadas (remitidas al adherente). Incluso, tratándose de profesionales, se dice que las CGC que no se recogen en el documento contractual son oponibles si, en razón del oficio o la profesión, se tendrían que conocer, y siempre que haya, en el documento principal, una cláusula de remisión expresa a los documentos anexos. Por lo tanto, no es necesario que haya envío o entrega de las condiciones, es suficiente con hacer una referencia indicando dónde se encuentran las CGC.

A pesar de haber superado este primer control (el de incorporación), se tiene que ver si el contenido de las CGC supera el segundo control o si, por el contrario, es nulo porque es contrario a alguna norma. En este caso, no se aplica la noción de cláusula abusiva, ni la lista del TRLCU. Por lo tanto, para valorar la validez del contenido (del cobro de gastos por cancelación), nos tenemos que remitir a las normas que regulan este tipo de contrato. No hay ninguna norma que haga referencia a esta cuestión y, por lo tanto, no es un contenido

nulo por el hecho de ser contrario a la ley. Sin embargo, quizá lo es porque es contrario a un uso del comercio imperante en el sector en concreto (como alega la agencia Persia Viajes). El uso normativo es fuente del derecho mercantil, en defecto de ley, y así lo declara el artículo 2 Cco. Por lo tanto, la cuestión está en el hecho de que la agencia Persia Viajes pueda probar que el no cobro de gastos por cancelación es el uso habitual. En caso contrario, el contenido es perfectamente válido porque está amparado por la libertad contractual reconocida en el artículo 1255 CC.

**8. a)** De la redacción del artículo 5 LCGC se entiende que el predisponente tiene que entregar al adherente, de manera efectiva, un ejemplar de las CGC que quiere que se incorporen en el contrato. Por el contrario, el TRLCU habla del hecho de que se faciliten las CGC previamente o simultáneamente a la conclusión del contrato. Para considerar que las CGC se han incorporado al contrato en particular, la LCGC exige, además de la aceptación del adherente, la firma del contrato. La firma se exige únicamente en los contratos suscritos con CGC por escrito.

Ana es una consumidora y tenemos que valorar si las CGC le han sido facilitadas.

Las CGC, para quedar incorporadas en un contrato suscrito por escrito, deben estar situadas encima de la firma del adherente. Si no es así, y se entiende por lo tanto que se encuentran bajo la firma del adherente o en el reverso del documento, es necesaria la referencia expresa a la existencia de CGC en la antefirma. Se admite la *incorporación por referencia*, siempre que esta incorporación garantice que el adherente sepa o pueda saber, cuando manifiesta su consentimiento contractual, que el contrato se rige por CGC y cuáles son estas condiciones.

Podemos concluir que si en el contrato firmado, encima de la firma, hay una referencia al hecho de que las CGC figuran en el reverso, éstas se habrán incorporado al contrato. En caso contrario, no se habrán incorporado.

**b)** Con relación al contenido de la CGC, debe afirmarse que es abusivo porque es desproporcionadamente perjudicial para el consumidor, ya que, según la jurisprudencia reiterada, la finalidad de estas cláusulas es suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales por parte del consumidor.

Este carácter abusivo se confirma por el hecho de que coincide con una de las cláusulas declaradas abusivas en todo caso, cuando se contrata con un consumidor: art. 90 TRLCU.

Por lo tanto, esta cláusula es abusiva y se puede declarar judicialmente nula (artículos 8, 9 y 10 LCGC).

**9.** Estamos frente a un contrato formalizado mediante dispositivos automáticos (hay que hacer un clic en el enlace indicado para comprar el producto) y, por lo tanto, según lo que dispone el artículo 1262 CC, el contrato se perfecciona desde que se manifiesta la aceptación (desde que se hace clic en el enlace), entendiéndose que esta regla equivale a la teoría de la expedición.

**10.** Encontramos las dos respuestas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 24 de julio del 2002, que hemos visto en el módulo.

**a)** Los tres elementos que tiene que probar la persona perjudicada por la actuación u omisión negligente del otro son: 1) el daño sufrido; 2) la negligencia en la conducta activa u omisión del presunto responsable, y 3) la relación de causa-efecto entre la conducta u omisión del presunto responsable y el daño sufrido.

**b)** Las dos variables que cambian cuando aplicamos la teoría de la culpa objetivada son: 1) la carga de la prueba, ya que a la culpa objetivada se presume la culpa del presunto responsable. No es la víctima quien tiene que probar la negligencia de éste, sino que el presunto culpable debe desvirtuar la presunción; 2) el agravamiento de la diligencia exigida, ya que, para que el presunto responsable pueda desvirtuar la presunción de culpa, tiene que probar que adoptó todas las medidas necesarias y actuó con la máxima diligencia.

**11.** Este concepto lo ha elaborado la jurisprudencia.

Por ejemplo, la sentencia del TS de 31 de mayo del 2000 dice que en el concepto de daños morales "deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad [...] como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas".

**12. a)** El Tribunal considera que el artículo 1902 CC no es aplicable a la petición de reembolso por los gastos realizados en la compra de productos necesarios por los días de retraso en la

entrega del equipaje, por el hecho de que hay una norma más específica aplicable al caso: los artículos 116.2, 118.3, 120 y 121 LNA.

b) En esta petición los demandantes utilizaron el artículo 1902 CC, porque por la vía del artículo 1902 CC no hay ningún máximo legal en la cantidad indemnizatoria, mientras que en los artículos aplicables de la LNA se observa que existe una responsabilidad por una cantidad máxima, en materia de indemnización por retraso en la entrega del equipaje, salvo que la víctima pruebe que el retraso es por culpa grave o dolo del transportista (artículo 118.3 LNA), lo cual no se probó.

c) La petición que tiene de manera correcta por base el artículo 1902 CC es la reclamación de daños y perjuicios sufridos por el retraso, entendiendo que dentro de la indemnización se incluyen los daños morales por no haber podido disfrutar del viaje a causa de las molestias provocadas por el retraso en la entrega del equipaje. Es aplicable el artículo 1902 CC a una petición de responsabilidad extracontractual por daño moral, porque estos daños no están reconocidos en ningún precepto más específico (*cf.* artículos 116 y 117 LNA) y es un daño que la jurisprudencia ha definido y ha considerado indemnizable, ya que el CC no lo excluye.

## Bibliografía

**Aurioles Martín, A.** (2005). *Introducción al derecho turístico*. Madrid: Tecnos.

**Barba de Vega, J.; Calzada Conde, M. Á.** (2003). *Introducción al derecho privado del turismo*. Madrid: Aranzadi.

**Blanquer Criado, D.** (1999). *Derecho del Turismo*. Valencia: Tirant lo Blanc.

**Fernández Ortega, Á.** (2005). *Introducción al derecho para el sector turístico*. Madrid: Thomson.

**García-Valdecasas, J.; Pedrero, J.** (1996). *Introducción al derecho, edición especialmente dirigida al sector turístico*. Madrid: Síntesis.

### Bibliografía complementaria

**Alcover Garau, G.** (1999). "La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español". *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 232).

**García Rubio, M. P.** (2001, 17 de enero). "Las condiciones generales en la contratación electrónica". *La Ley* (núm. 5.227).

**Garrido Parent, D.** (2006). "La protección del pasajero aéreo en caso de accidente sufrido por una compañía aérea comunitaria: especial referencia al Reglamento 2027/1997". *Web noticias jurídicas*.

**Llobet i Aguado, J.** (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons.

**Llodrà Grimalt, F.** (2001). "La articulación de los requisitos de plasmación documental y disponibilidad de las condiciones generales en la contratación electrónica". *Actas del XV Encuentro sobre Informática y Derecho*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

**Llodrà Grimalt, F.** (2002). *El contrato celebrado bajo condiciones generales*. Valencia: Tirant lo Blanc.

**Llodrà Grimalt, F.** (2010). "Ordenació del marc normatiu del contracte celebrat amb clàusules no negociades individualment després del text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries". *Revista Catalana de Dret Privat* (vol. 11, págs. 45-78). [<http://publicacions.iec.cat/repository/pdf/00000161%5C00000034.pdf>]

**Martín Osante, J. M.** (2005). "Responsabilidad del naviero en vía civil y en vía penal: algunas diferencias". *La Ley*.

**Martínez Nadal, A.** (1995). *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*. Barcelona: José María Bosch.

**Martínez Nadal, A.** (2004). *Comentarios a Ley 59/2003 de firma electrónica*. Madrid: Thomson Civitas.

**Monfort Ferrero, M. J.** (2000). "El contrato de transporte aéreo de pasajeros: la responsabilidad del transportista por los equipajes". *Actualidad Jurídica Aranzadi* (núm. 423).

**Munar Bernat, P.** (2003). *La regulación española de la "multipropiedad": La Ley de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias* (2.ª ed.). Pamplona: Aranzadi.

**Paniza Fullana, A.** (1998). "Derechos de autor, entidades de gestión y establecimientos de hostelería". *Aranzadi Civil* (núm. 3, pág. 27-48).

**Paniza Fullana, A.** (2003). *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*. Granada: Comares.

**Pulido Begines, J. L.** "La responsabilidad del armador del buque de crucero turístico por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del viaje pactado". En: VV. AA. *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo* (pág. 267-271).

**Torres Lana, J. A.; Tur Faúndez, M. N.; Janer Torrens, J. D.** (2003). *La protección del turista como consumidor*. Valencia: Tirant lo Blanc.

**Tur Faúndez, M. N.** (julio, 1996). "El contrato de viaje combinado: Notas sobre la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados". *Aranzadi Civil*.

**Verdera Izquierdo, B.** (2000). "Los arrendamientos urbanos para uso distinto del de vivienda". *El Consultor Inmobiliario* (núm. 6, pág. 36-60).

**VV.AA.; Cavanillas Múgica, S.** (2002). *Turismo y comercio electrónico: la promoción y contratación on-line de servicios turísticos*. Granada: Comares.

**VV.AA.; Coca Payeras, M.** (1991). "Turismo y defensa del consumidor. Jornadas jurídicas". *Colección Consumo* (núm. 1).