

Teoria general del dret privat del turisme: el contracte turístic

Mònica Vilasau Solana
Francesca Llodrà Grimalt

PID_00209352



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. El marc normatiu	7
1.1. Normes generals de caràcter estatal que poden afectar la matèria turística	8
1.2. Normes específiques sobre turisme	9
2. El fonament del dret privat del turisme	11
2.1. L'objecte: el contracte turístic	11
2.2. Els subjectes del contracte turístic	12
2.2.1. El turista com a consumidor (l'estatut jurídic del turista)	12
2.2.2. El prestador del servei	14
3. Les obligacions de les parts	17
3.1. Obligacions del prestador del servei	17
3.2. Obligacions de l'usuari	18
4. La formació del contracte turístic	20
4.1. La fase anterior a la contractació del servei turístic	20
4.2. La formalització del contracte	22
4.2.1. Exigència escrita	23
4.2.2. Lliurament de comprovant	23
4.2.3. La formalització de contractes turístics a distància (contractació electrònica)	24
5. La formalització de contractes turístics sota condicions generals de la contractació i/o clàusules no negociades individualment	26
5.1. Què és un contracte formalitzat sota condicions generals de la contractació?	26
5.2. Quins tipus de contractes formalitzats amb CGC trobem?	26
5.3. Per què són peculiars els contractes formalitzats sota condicions generals de la contractació?	27
5.4. Com funciona el control d'incorporació?	27
5.4.1. Contracte amb CGC formalitzat entre professionals o empresaris	27
5.4.2. Contracte de consum	30
5.5. Com funciona el control de contingut?	35

5.5.1. Contracte amb CGC formalitzat entre professionals o empresaris	35
5.5.2. Contracte de consum	36
6. La modificació, ineficàcia i extinció del contracte.....	40
6.1. Modificació	40
6.2. Ineficàcia	40
6.3. Extinció	43
7. La responsabilitat civil de les parts per l'incompliment de les seves obligacions.....	45
7.1. Responsabilitat contractual	45
7.1.1. Lesió de l'interès del creditor	45
7.1.2. Imputació de la responsabilitat	47
7.1.3. La defensa del dret de crèdit	47
7.2. Responsabilitat extracontractual	49
Exercicis d'autoavaluació.....	55
Solucionari.....	58
Bibliografia.....	61

Introducció

El turisme és una matèria transversal, tant en un sentit horitzontal com vertical. En sentit horitzontal, perquè està regulada per una normativa que forma part de disciplines jurídiques diverses que van des del dret públic fins al dret privat.

En sentit vertical, perquè les instàncies que tenen potestat legislativa sobre aquesta matèria van des de l'àmbit internacional (tant supracomunitari com comunitari) fins a l'estatal i autonòmic.

En altres mòduls s'estudia la regulació que des del dret públic (dret administratiu, principalment) es fa del turisme. En aquest mòdul s'introdueix l'estudi de la regulació que es duu a terme d'aquesta activitat des del dret privat, i en concret de les normes de dret civil i dret mercantil. Si en altres mòduls s'analitzen els diversos contractes que es fan en aquest sector, en aquest mòdul s'estudia el marc general de la contractació. Aquest procés es tracta des d'una perspectiva dinàmica: es parteix de la fase prèvia a la formació del contracte (informació, publicitat), es passa per la perfecció del contracte i se'n veuen les vicissituds (compliment i incompliment) i l'extinció. A més a més, es tenen especialment en compte els subjectes que participen en la contractació i les garanties de què són titulars.

Cal remarcar, però, que tot i que es procura fer una anàlisi del vessant privat del turisme, la realitat no es pot dividir tan fàcilment. En conseqüència, una mateixa situació pot estar regulada tant per normes de dret privat com de dret públic. Per exemple, l'activitat de llogar apartaments per a ús turístic es preveu expressament en el dret privat, i en concret el dret civil (contracte d'arrendament), però hi pot haver normativa administrativa que també incideixi sobre aquesta activitat (perquè s'hagin de protegir els drets del turista o perquè es vulguin controlar els ingressos com a activitat turística).

Objectius

Els objectius conceptuals d'aquest mòdul són els següents:

- 1.** Conèixer quin és el marc normatiu que regula el turisme des de la perspectiva del dret privat.
- 2.** Estudiar els drets i deures dels subjectes que participen en la contractació dels serveis turístics.
- 3.** Conèixer la fase prèvia a la contractació i, en concret, els deures d'informació i el paper que hi té la publicitat.
- 4.** Estudiar la forma de fer els contractes i la incidència de les condicions generals de la contractació i de la contractació a distància.
- 5.** Estudiar el compliment dels contractes i els supòsits de lesió de l'interès del creditor, així com les seves conseqüències.
- 6.** Veure quines són les causes d'extinció dels contractes, posant especial èmfasi en el desistiment.

1. El marc normatiu

Quan el legislador es proposa regular el fenomen del turisme es troba amb una realitat que abraça aspectes tan diversos com, d'una banda, l'ordenació del mercat turístic o el foment del turisme i, de l'altra, els drets dels subjectes implicats i els contractes que estableixen. Els primers aspectes es consideren principalment des del vessant del dret públic, mentre que els segons es regulen mitjançant les normes del dret privat. Cal remarcar, però, que sovint la divisió de matèries no és clara i que una mateixa llei pot incidir sobre matèries molt diferents.

En aquest mòdul ens introduïrem en l'estudi d'aquest segon àmbit normatiu, és a dir, les normes de dret privat que regulen, entre altres aspectes, l'estatut jurídic de les empreses i usuaris i les relacions juridicoprivades establertes entre ells.

Quin és el marc normatiu (en relació amb aquest vessant privat) amb què ens trobem?

D'entrada, cal fer referència a l'existència de normativa internacional sectorial (per exemple, en matèria de transport) amb incidència en l'activitat turística. També cal tenir en compte que l'Organització Mundial del Turisme ha fet una important tasca prelegislativa, mitjançant l'emissió de recomanacions, resolucions o declaracions.

En l'àmbit comunitari ens trobem amb alguns reglaments (normes comunitàries de compliment obligat en tots els elements i directament aplicables en cada estat membre) que afecten substancialment el turisme, com és el cas del Reglament 261/2004, sobre compensació i assistència als passatgers aeris en cas de denegació d'embarcament (l'anomenat *overbooking*) i de cancel·lació o gran retard dels vols, i dels reglaments 2027/1997 i 889/2002, sobre responsabilitat de les companyies aèries en cas d'accident.

D'altra banda, cal destacar algunes directives l'eficàcia de les quals, en les relacions jurídiques entre particulars, està supeditada a l'aprovació d'una norma interna de transposició. Els particulars no podran invocar les previsions de les directives en els contractes que facin fins que l'òrgan estatal corresponent no hagi dictat una normativa que les adapti. Pel que fa al nostre objecte d'estudi, les directives més rellevants són la de viatges combinats, transposada al nostre ordenament estatal mitjançant la Llei 21/1995, de 6 de juliol (derogada pel Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, que incorpora la regulació dels viatges combinats), i la relativa a la utilització d'immobles a temps compartit, transposada al nostre ordenament

estatal mitjançant la Llei 42/1998, de 15 de desembre (que va ser derogada pel Reial decret llei 8/2012, de 16 de març, de contractes d'aprofitament per torn de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de revenda i d'intercanvi, actualment derogat per la vigent Llei 4/2012, de 6 de juliol, de contractes d'aprofitament per torn de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de revenda i d'intercanvi i normes tributàries).

Finalment, s'ha de dir que per a la regulació de la matèria de turisme cal tenir en compte el repartiment de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes que fa la Constitució espanyola, per tal de determinar quina instància podrà dictar normes. L'article 148.1 CE estableix quines són les competències que les comunitats autònomes poden assumir, i l'apartat 18 fa referència a "promoció i ordenació del turisme en el seu àmbit territorial". Totes les comunitats autònomes, en els seus Estatuts respectius, han assumit aquesta competència i podríem pensar, doncs, que l'únic poder regulador correspon a les comunitats autònomes. Tanmateix, això no és així. D'entrada cal remarcar que l'article 148.1.18 CE fa referència, principalment, a la regulació administrativa del turisme. Però a més a més hi ha altres competències de les que es preveuen en l'article 149 CE (que són de competència exclusiva de l'Estat) que, tot i no utilitzar expressament el terme *turisme*, hi incideixen directament. En concret, respecte al vessant de dret privat que regula el turisme, es tracta dels articles 149.1.6 i 149.1.8 CE. El primer atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre legislació mercantil i el segon, si bé atribueix d'entrada la competència en matèria de legislació civil de forma exclusiva a l'Estat, a continuació estableix una excepció a favor de les comunitats autònomes amb dret civil propi que hagin assumit aquesta competència en els seus Estatuts per legislar en matèria civil, però dins uns límits fixats pel fet que algunes matèries civils són competència exclusiva de l'Estat (com per exemple, les bases de les obligacions contractuals).

Per tant, des de la perspectiva del dret privat, les normes aplicables al turisme són les següents:

1.1. Normes generals de caràcter estatal que poden afectar la matèria turística

El Codi civil (CC) i la legislació civil, com ara el Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries (TRLGU); la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans (LAU); la Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum; la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació (LCGC); el Reial decret 1906/1999, de 17 de desembre, pel qual es regula la contractació telefònica o electrònica amb condicions generals; la Llei 47/2002, de 19 de desembre, de reforma de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç detallista (LOCD), per a la transposició de la Directiva 7/1997, de 20 de maig, relativa a la protecció

dels consumidors en matèria de contractes a distància; la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSI); la Llei 44/2006, de 29 de desembre, de millora de la protecció dels consumidors i usuaris; la Llei 60/2003, de 23 de desembre, d'arbitratge, i el Reial decret 231/2008, de 15 de febrer, pel qual es regula el sistema arbitral de consum.

El Codi de Comerç (Cco) i la legislació mercantil, entre les quals destaquen la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat; la Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència; la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial; la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, de contracte d'assegurança (LCAs), i el Reial decret legislatiu 6/2004, de 29 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la llei d'ordenació i supervisió de les assegurances privades (LOSAP).

1.2. Normes específiques sobre turisme

a) De caràcter internacional

Es tracta de les normes internacionals que l'Estat espanyol ha ratificat (convenis internacionals i els seus protocols posteriors també ratificats), per exemple el Conveni de Varsòvia per la unificació de certes regles relatives al transport aeri internacional, de 12 d'octubre de 1929, ratificat per Espanya el 31 de gener de 1930; el Conveni de Mont-real, de 9 de desembre de 1999, per la unificació de certes regles per al transport aeri internacional, i el Conveni d'Atenes, relatiu al transport de passatgers i els seus equipatges per mar, de 13 de desembre de 1974, modificat pel seu Protocol de 2002, aprovat l'1 de novembre de 2002 per l'Organització Marítima Internacional.

b) De caràcter comunitari

Es tracta de normes comunitàries que són directament aplicables a Espanya. En concret, el Reglament 261/2004, sobre compensació i assistència als passatgers aeris en cas de denegació d'embarcament i de cancel·lació o gran retard dels vols; el Reglament (CE) 1107/2006 del Parlament Europeu i del Consell, de 5 de juliol de 2006, sobre els drets de les persones amb discapacitat o mobilitat reduïda en el transport aeri; els reglaments 2027/1997 i 889/2002, sobre responsabilitat de les companyies aèries en cas d'accident; el Reglament (UE) núm. 996/2010 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 d'octubre de 2010, sobre investigació i prevenció d'accidents i incidents en l'aviació civil; i el Reglament 392/2009 de la UE sobre els drets dels passatgers que viatgen per mar en cas d'accidents (que incorpora el Conveni d'Atenes el 13 de desembre de 1974 i el seu Protocol de 2002).

c) De caràcter estatal

Es tracta de la normativa següent: la Llei de navegació aèria, de 21 de juliol de 1960 (LNA); el Reial decret 37/2001, de 19 de gener, pel qual s'actualitza la quantia de les indemnitzacions per danys previstes en la Llei 48/1960, de 21 de juliol, de navegació aèria; la Llei 21/2003, de 7 de juliol, de seguretat aèria; el Reial decret 632/2013, de 2 d'agost, d'assistència a les víctimes d'accidents de l'aviació civil i els seus familiars i pel qual es modifica el Reial decret 389/1998, de 13 de març, pel qual es regula la investigació dels accidents i incidents d'aviació civil; la Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'ordenació dels transports terrestres (LOTT); el Reial decret 270/2013, de 19 d'abril, sobre el certificat de l'assegurança o la garantia financera de la responsabilitat civil en el transport de passatgers per mar en cas d'accident; el Reial decret 1247/1999, de 16 de juliol, sobre regles i normes de seguretat aplicables als vaixells de passatge que facin travessies entre ports espanyols; el Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, i la Llei 4/2012, de 6 de juliol, de contractes d'aprofitament per torn de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de revenda i d'intercanvi i normes tributàries (LDAT).

d) De caràcter autonòmic

Totes les comunitats autònomes, en els seus Estatuts respectius, han assumit la competència en matèria de turisme, per la qual cosa, en cada cas, haurem de veure si en la normativa autonòmica sobre turisme, en una comunitat autònoma en concret, hi ha regulades qüestions de dret privat. Per exemple, a Catalunya cal destacar: la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya; la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya; el Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatges; i el Decret 159/2012, de 20 de novembre, d'establiments d'allotjament turístic i d'habitatges d'ús turístic (amb la correcció d'errades: DOGC núm. 6268, pàg. 60793, de 5.12.2012). A les Illes Balears, per exemple, hi ha: la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears i el Decret 13/2011, de 25 de febrer, pel qual s'estableixen les disposicions generals necessàries per a facilitar la llibertat d'establiment i de prestació de serveis turístics, la regulació de la declaració responsable i la simplificació dels procediments administratius en matèria turística.

No podem fer una llista exhaustiva de les normatives autonòmiques, ja que és una qüestió tractada a la part de dret públic del turisme, però en tot cas, a la pràctica, s'ha de tenir present l'existència d'aquesta normativa d'aplicació preferent, malgrat que normalment no afectarà qüestions de dret privat, quan no es tracti de comunitats autònomes que tinguin també competència en desenvolupament del dret civil (article 149.1.8a. CE, com són Catalunya i les Illes Balears, entre d'altres).

2. El fonament del dret privat del turisme

Denominem **dret privat del turisme** o de les activitats turístiques el conjunt de normes i institucions que regulen els aspectes privats (civils i mercantils) de les relacions turístiques.

Tanmateix, en l'estudi d'aquesta matèria no és tan rellevant trobar-hi una definició, sinó estudiar-ne els elements característics.

2.1. L'objecte: el contracte turístic

El **contracte** és un acord de voluntats entre dues o més parts que genera un vincle contractual del qual sorgeixen obligacions de donar, fer o no fer a càrrec d'una o de les dues parts i que han de complir els obligats¹.

⁽¹⁾Arts. 1088, 1254 i 1255 CC

Alguns autors es plantegen si la participació d'un turista en una relació contractual és un factor prou rellevant per a justificar que hi hagi normes pròpies, les normes turístiques, que s'aplicarien amb preferència a d'altres.

Els arguments són que la contractació del servei amb certa antelació al seu gaudi efectiu, la contractació entre absents (electrònicament o a distància) o bé amb un intermediari (agències de viatges) i el gaudi del servei en un lloc diferent de l'entorn habitual converteixen el turista en un subjecte particularment dèbil i vulnerable. Tanmateix, tot i aquests factors, no sembla que les tècniques de contractació en l'àmbit turístic difereixin tant de les emprades en altres àmbits de la contractació que justifiquin un règim propi i diferent del que s'estableix de manera general per als consumidors i usuaris.

Els contractes turístics, els que normalment es duen a terme en el sector turístic, no integren una categoria reconeguda expressament per la legislació espanyola.

Tot i així, en aquests contractes hi ha uns trets característics, com ara que les prestacions es duen a terme normalment fora del lloc de residència habitual del turista i la motivació principalment de vacances o d'esbarjo.

La normativa general aplicable als contractes figura en el CC i el Cco, textos legals que també regulen determinats tipus contractuals (compravenda, transport, arrendament, etc.). Actualment, però, estem assistint a un procés de decodificació. Es tendeix a regular noves figures contractuals o bé a dotar de nou

contingut algunes de les que es consideren en els codis, mitjançant el recurs a lleis especials (fora dels codis). Per exemple, el contracte d'assegurança, el contracte d'arrendament urbà d'habitatge, el contracte de viatge combinat, el contracte sotmès a condicions generals de la contractació, o bé el contracte d'aprofitament per torn de béns immobles d'ús turístic.

Els contractes turístics de consum tenen caràcter oneros: l'usuari n'ha de satisfer el preu corresponent. Molts d'aquests contractes són de tipus mixt, és a dir, combinen elements de diferents figures contractuals. Per exemple, en el cas del contracte d'allotjament, una de les parts (l'empresa d'allotjament) s'obliga a proporcionar allotjament a l'altra (hoste), juntament amb altres serveis complementaris com ara l'alimentació, la guarda de determinats efectes introduïts a l'allotjament o la neteja de la roba.

De vegades, alguns dels contractes turístics són objecte de regulació administrativa. És discutible l'aplicació directa de les normes reglamentàries als contractes turístics, i en concret si l'incompliment de les obligacions establertes en normes administratives pot ser exigible davant la jurisdicció civil o bé si únicament pot ser objecte de sanció administrativa.

2.2. Els subjectes del contracte turístic

2.2.1. El turista com a consumidor (l'estatut jurídic del turista)

En l'inici del turisme, sovint el protagonista era un viatger d'elit que s'encarregava ell mateix de gestionar-se el viatge i contractava l'allotjament, el transport i la manutenció. Amb l'aparició del turisme de masses, però, l'escenari canvia. El turista ja no s'organitza ell mateix el servei, sinó que l'assumeix un altre subjecte que, de manera professional, i fins i tot anticipant-se a la possible demanda, organitza el viatge i en garanteix el gaudi durant la realització.

Actualment, precisament gràcies a l'ús de les tecnologies de la informació i de la comunicació, assistim a un altre procés, el de la "desintermediació". Així, moltes vegades el destinatari final del servei contracta directament els prestadors materials del servei: companyies de transport aeri, empreses d'allotjament, habitatge turístic, etc. (prescindint de l'actuació dels intermediaris tradicionals: les agències de viatge).

La normativa d'ordenació turística no defineix de manera unitària l'usuari dels serveis turístics, si bé es pot afirmar la preferència dels legisladors autonòmics per una noció àmplia de "turista".

Un **turista** o **usuari turístic** és la persona que demana, contracta o rep, com a destinatari final, un servei turístic.

L'estatut jurídic del turista comprèn els drets reconeguts per la legislació general de consum, i també els drets i les obligacions establerts en la legislació específicament turística (tant en l'àmbit de la normativa autonòmica com en el terreny de la regulació legal dels contractes turístics).

Categoria d'usuari turístic

Per regla general la categoria d'usuari turístic es predica tant de les persones físiques com de les persones jurídiques, tot i que alguna comunitat autònoma ho limita a les persones físiques. La legislació estatal tampoc no adopta un concepte únic d'usuari turístic, si bé les seves normes es dirigeixen fonamentalment a persones físiques.

D'entrada, la protecció que pot invocar un turista és la que li ofereix el TRLCU.

La tutela del turista com a consumidor parteix de l'article 51 CE, que reconeix els drets dels consumidors i usuaris, i assenjala l'obligació dels poders públics de protegir aquests drets, que són, especialment, la seguretat, la salut i els interessos econòmics legítims.

⁽²⁾Art. 11 a 16 TRLCU

⁽³⁾Art. 19 TRLCU

Per a fer efectius aquests drets s'han promulgat lleis com el Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, el qual atorga protecció davant els riscos que afecten la salut i seguretat física del consumidor², protegeix els interessos econòmics del consumidor mitjançant la regulació de l'oferta i la publicitat³, i regula les organitzacions representatives de consumidors i usuaris (article 23 TRLCU).

Ara bé, cal posar en relleu que la noció de consumidor emprada pel TRLCU i la de consumidor del servei turístic emprada en la legislació especial poden no coincidir plenament. El TRLCU opta per una noció àmplia de consumidor (article 3 TRLCU). El TRLCU assenjala com a característiques del consumidor les següents: 1) persona física o jurídica; 2) que actua en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional.

Això sembla que comporta que quedin sota la protecció que ofereix el TRLCU subjectes que han contractat un servei turístic però que no s'han constituït com a destinataris finals del servei contractat.

L'empresa que adquireix un bitllet per a un treballador seu, o bé que adquireix una sèrie de viatges combinats per rifar-los entre els treballadors, o en un concurs, o per repartir-los als treballadors com a premi a la productivitat.

Aquest criteri inclou dins de l'àmbit de protecció del TRLCU subjectes que són mereixedors de protecció, ja que es troben en situació d'inferioritat respecte al prestador del servei.

En relació amb serveis turístics també s'opta per un criteri ampli de consumidor, i es posa èmfasi en el presumpte desequilibri contractual que es dedueix pel fet de dur a terme un acte de consum que és aliè a l'activitat empresarial

⁽⁴⁾Art. 151.1.g)

de qui el duu a terme⁴ (en matèria de viatge combinat, és consumidor qualsevol persona en qui concorre la condició de contractant principal, beneficiari o cessionari).

Deixant de banda aquesta qüestió, des del punt de vista del dret privat, cal fer esment especial del dret del turista a ser tutelat davant la vulneració dels seus legítims interessos econòmics i socials en les relacions contractuals amb les empreses turístiques. Aquesta tutela es podrà articular en diferents moments: en la fase anterior a la contractació del servei turístic, en la fase de formalització del contracte i en la d'execució del contracte.

Pel que fa a les obligacions que s'imposen amb caràcter general al turista, solen ser conseqüència de la seva condició de part en un contracte amb una empresa turística o bé d'usuari d'uns establiments públics la normativa dels quals exigeix complir uns determinats requisits (que en cap cas no poden comportar una vulneració de drets fonamentals, com ara el cas de les normatives de règim intern d'establiments hotelers que discriminin l'accés en funció de la procedència del turista).

2.2.2. El prestador del servei

Generalment som davant d'empresaris turístics, en el sentit jurídic i econòmic de la paraula, que duen a terme aquesta tasca. Tanmateix, de vegades la normativa turística pot exigir que determinats serveis siguin duts a terme per subjectes individuals, que tenen la titulació necessària i fins i tot han passat proves d'aptitud, com en el cas dels guies turístics. En altres casos, alguns dels serveis turístics són prestats per subjectes que poden oferir el servei de manera no habitual, o sense finalitat de lucre, o simplement es pot tractar d'una font d'ingressos complementària –per exemple, una família que lloga una habitació a l'estiu o que té un estudiant a pensió completa a casa. En aquest darrer cas, no se'ls qualifica com a empresaris i, en conseqüència, se'ls dispensa de certes càrregues imposades als empresaris turístics.

Pel que fa als empresaris turístics pròpiament dits, tot i que per a dur a terme activitats en el sector turístic no estan obligats a adoptar una forma jurídica concreta, en la pràctica la titularitat jurídica recau en una societat mercantil de les anomenades *capitalistes* –anònima o de responsabilitat limitada. Però també poden adoptar formes personalistes (col·lectiva o comanditària).

La legislació turística administrativa acostuma a exigir, amb caràcter previ al començament de l'activitat empresarial, l'obtenció d'autorització administrativa pertinent, i es tipifica com a infracció la prestació de serveis turístics sense disposar de la llicència preceptiva. L'exigència d'aquesta llicència administrativa ha d'estar imposada en una norma jurídica amb rang de llei. A més de tenir la llicència preceptiva, les empreses turístiques han d'inscriure's en el registre administratiu corresponent al territori de la comunitat autònoma on tinguin el domicili o on exerceixin l'activitat. L'incompliment d'aquestes obligacions

determinarà la qualificació com a clandestina i la imposició de les sancions corresponents. Tot i així, des de la perspectiva juridicoprivada, la clandestinitat de l'activitat no impedirà la validesa dels contractes que es facin i, per tant, l'exigibilitat de complir-los.

Com qualsevol altre subjecte que participa de manera professional en un mercat organitzat d'intercanvi de béns i serveis, les empreses turístiques estan sotmeses a una sèrie de prescripcions legals que integren l'anomenat **estatut juridicocomercial de l'empresari**.

1) Segons la forma jurídica que adopti l'empresari, estarà obligat a inscriure's en el Registre Mercantil o es podrà mantenir al marge. La inscripció en el Registre Mercantil atorga seguretat en el tràfic mercantil i protecció a tercers ja que, per la funció de publicitat jurídica de l'empresari i la seva activitat, la inscripció crea una aparença de bon funcionament de l'empresa. La inscripció en el Registre Mercantil és independent de la que es podria escaure en el registre administratiu corresponent.

2) L'empresari turístic ha de resoldre les seves crisis financeres o patrimonials mitjançant el sistema establert en la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, de manera que es garanteixi als creditors que es puguin rescabalar totalment o parcialment dels deutes que va assumir l'empresari concursat.

3) L'empresari turístic ha de respectar les regles que governen la lliure competència en el mercat, i s'han d'abstenir d'incórrer en conductes col·lusòries o abusives (fixació de preus, repartiment del mercat), prohibides per la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència. La manca de competència perjudica el desenvolupament econòmic, i lesiona els drets i interessos legítims dels consumidors i usuaris.

Com a exemple d'aquesta obligació és il·lustrativa la Sentència del Tribunal de Defensa de la Competència d'1 d'abril de 2002, en relació amb la declaració com a fet que altera la competència en el mercat dels transport aeri, del pagament de primes de fidelització a les agències de viatge.

4) Els empresaris turístics han de dur a terme la seva activitat d'acord amb els criteris de lleialtat. Per tant, s'han d'abstenir de dur a terme els actes prohibits en la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial.

5) Pel que fa a l'ús de signes distintius, noms comercials i marques en el tràfic turístic, la normativa turística es remet en bloc a la normativa estatal sobre propietat industrial.

Ara bé, pel que fa referència a l'empresari, una característica especial és la de les agències de viatge, que intervenen freqüentment en els diferents contractes que es formalitzen.

Les **agències de viatges** són autèntics intermediaris en el sector del turisme que exerceixen una activitat comercial: organitzen i venen viatges, a més de fer altres activitats relacionades amb el sector turístic. Són empresaris mercantils amb un estatut legal específic.

A més, la presència d'aquests empresaris en el mercat i la seva intervenció en els contractes turístics que es duen a terme dona lloc a la creació de figures contractuals especials (reserva de places d'allotjament en règim de contingent, per exemple), i també introdueix certes modificacions en el règim de les figures tradicionals.

L'activitat d'intermediació turística és l'activitat empresarial dels que es dediquen comercialment en exclusivitat a l'exercici d'activitats de mediació i organització de serveis turístics (per exemple, l'article 2 del Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatges de Catalunya, modificat pel Decret 158/2012, de 20 de novembre).

Les agències de viatges com a prestadores de serveis estan sotmeses a una estricta normativa (autonòmica) tant en relació amb les activitats que poden dur a terme com en relació amb els requisits administratius que han de complir.

Per exemple, el Decret 168/1994, de 30 de maig, del Reglament de les agències de viatge de Catalunya.

3. Les obligacions de les parts

En tot contracte bilateral s'estableixen una sèrie d'obligacions a càrrec de les parts. Respecte als contractes en general, i també respecte als turístics, podem distingir dos grans tipus d'obligacions: les que estableix el legislador i les que acorden les parts basant-se en l'autonomia de la voluntat, dins els límits que permet l'article 1255 CC. En la primera categoria podem distingir les que són de caràcter imperatiu (de compliment obligat) de les que són potestatives o dispositives (s'hi apliquen si no hi ha pacte). A més a més, dins de les obligacions establertes per la llei, també podem distingir entre les que són de caràcter general (aplicables a qualsevol contracte i establertes, principalment, en el CC i el Cco) i les que són específiques d'una determinada figura contractual (en el cas dels contractes típics).

Ara veurem a grans trets quines són les obligacions de les parts i les estudiarem amb més deteniment en el mòdul 5, a l'hora d'analitzar les diverses figures contractuals que integren els anomenats *contractes turístics*.

Cal recordar que els contractes turístics s'estableixen majoritàriament per a satisfer un desig d'esbarjo. Això comporta que, a part del contingut típic del contracte concret, hi ha una sèrie d'obligacions més o menys explícites que van encaminades a l'assistència personal del turista perquè gaudeixi d'uns nivells de confort determinats.

3.1. Obligacions del prestador del servei

L'obligació principal del prestador del servei és oferir adequadament, sia per si mateix o bé mitjançant una altra persona, els serveis als quals s'ha obligat.

Així, en el cas del contracte d'allotjament, proporcionar allotjament a l'usuari, juntament amb serveis complementaris (serveis personals, menjar, dipòsit); en el cas del contracte de transport, traslladar l'usuari incòlume d'un punt a un altre el dia i l'hora previstos; respecte als contractes de viatge combinat, proporcionar els serveis d'allotjament, transport i altres serveis que integrin el viatge. Juntament amb aquestes obligacions principals, se'n poden establir d'accessòries, com per exemple proporcionar la documentació que faci falta (títols de transport o d'allotjament) i l'obligació de donar informació adequada sobre el servei que es prestarà⁵.

⁽⁵⁾cfr. article 152 TRLCU

Les conseqüències de la no-prestació o prestació defectuosa de les obligacions establertes comportaran la responsabilitat de l'obligat i s'analitzaran més endavant.

En matèria turística, pel fet que l'usuari turístic és normalment un consumidor, és rellevant una obligació especial que té el prestador d'un servei (de consum en general), que és el fet de disposar de fulls de reclamacions (vegeu, per exemple, el Decret 121/2013, de 26 de febrer, pel qual es regulen els fulls oficials de queixa, reclamació i denúncia en les relacions de consum).

Els **fulls de reclamacions** són uns instruments establerts per a canalitzar les queixes dels usuaris d'un determinat servei que inclou, lògicament, els serveis turístics.

Es tracta d'un mecanisme purament administratiu, que no dóna lloc a la resolució del conflicte. És un model oficial d'instància amb diversos fulls, de tal manera que un cop emplenada tots els implicats se'n queden una còpia (reclamant i empresa reclamada) i n'adrecen una altra a l'administració competent.

Els fulls de reclamacions han de seguir el model que aprovi l'administració pública competent i han d'estar integrats per un foli original i tres còpies de diferents colors. En el moment en què s'autoritza una empresa a exercir una determinada activitat.

Per exemple, un bar, un restaurant o un hotel), se li lliuren els fulls de reclamacions corresponents, que són intransferibles.

L'empresa ha de lliurar a l'usuari els fulls de reclamacions quan ho sol·liciti. Un cop omplert el full, el reclamant se'n queda una còpia i, juntament amb la documentació complementària que consideri pertinent, l'ha de fer arribar a l'administració competent en matèria de turisme. L'empresa reclamada també ha de remetre una de les còpies de la reclamació a l'administració i conservar-ne una altra.

Un cop l'administració rep la reclamació, si es considera que les circumstàncies que l'han originada poden ser constitutives d'una infracció administrativa, obrirà l'expedient sancionador corresponent. En cas contrari, s'arxivarà la reclamació i s'informarà el reclamant.

3.2. Obligacions de l'usuari

L'obligació principal de l'usuari del servei és pagar el preu d'aquest servei.

En matèria de preus, els contractants són lliures de fixar l'import dels serveis turístics, tot i que a vegades alguna normativa autonòmica estableix l'obligació de publicitat dels preus. Pel que fa al pagament, se'n pot exigir un avançament.

Juntament amb aquesta obligació principal de l'usuari n'hi ha d'altres, algunes de les quals són imprescindibles per al compliment del servei contractat, com la de presentar-se en el lloc i l'hora de sortida previstos en el contracte.

L'usuari també ha de tenir en compte determinades normes d'ordre i comportament. Per exemple, en el transport marítim o aeri ha de respectar les prohibicions de transportar determinats objectes, i en els contractes d'allotjament, les normes usals d'urbanitat, higiene i convivència. Aquestes obligacions es poden preveure en preceptes concrets, però també es deriven de l'article 1258 CC.

Exemple

Per exemple, en cas de no presentar-se a la sortida, el consumidor està obligat a pagar el viatge contractat, article 160.a) TRLCU.

4. La formació del contracte turístic

4.1. La fase anterior a la contractació del servei turístic

La fase anterior a un contracte també s'anomena la **fase de tractes preliminars**, que són tots aquells actes que els interessats i els seus auxiliars fan amb la finalitat d'elaborar, discutir i concertar una oferta vinculant o un contracte.

En la fase prèvia a la perfecció del contracte del servei turístic, s'estableixen una sèrie de mecanismes per a protegir l'usuari del servei. Les mesures es dirigeixen, fonamentalment, a procurar que el turista rebi informació suficient i veraç sobre les condicions i característiques del servei que es vol contractar.

La normativa que regula aquesta fase prèvia a la contractació és la de **publicitat**, i també la relativa a la **defensa dels consumidors i usuaris**.

A més, hi ha normes específiques en la legislació turística.

La publicitat turística s'ha de sotmetre a les exigències establertes en la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat (LGP), i la redacció de fullets informatius i programes de viatge (tant en paper com en pàgina web) s'ha d'ajustar als principis de veracitat, utilitat i precisió. L'exigència de claredat i precisió també forma part dels deures que han de complir les agències de viatge en la redacció dels fullets i programes⁶.

⁽⁶⁾Art 152 TRLCU

En la contractació turística amb consumidors, s'ha de destacar la importància de la regulació de l'article 61 TRLCU, en relació amb la fase prèvia, ja que aquest assenyala que la publicitat que el consumidor rebi és una informació jurídicament vinculant.

Inicialment, la publicitat es presenta com un fenomen de difusió d'un producte i d'una marca, que tracta de crear una incitació o un reclam per a adquirir-lo o contractar-lo. Tanmateix, la publicitat té una dimensió concurrencial i una de negocial. L'article 61 TRLCU parla de la publicitat en contractes amb consumidors, la qual cosa permet distingir entre la publicitat que és simple reclam i la que té valor informatiu. Aquesta és la que és font d'integració del

contracte subscrit pel consumidor. En aquest aspecte, l'article 61 TRLCU indica en quins casos el contingut de la publicitat passa a formar part del contingut del contracte.

Article 61 TRLCU

Integració de l'oferta, promoció i publicitat en el contracte

1. L'oferta, promoció i publicitat dels béns o serveis s'han d'ajustar a la seva naturalesa, característiques, utilitat o finalitat i a les condicions jurídiques o econòmiques de la contractació.
2. El contingut de l'oferta, promoció o publicitat, les prestacions pròpies de cada bé o servei, les condicions jurídiques o econòmiques i garanties ofertes són exigibles pels consumidors i usuaris, tot i que no figurin expressament en el contracte formalitzat o en el document o comprovant rebut, i s'han de tenir en compte en la determinació del principi de conformitat amb el contracte.
3. No obstant el que disposa l'apartat anterior, si el contracte formalitzat conté clàusules més beneficioses, aquestes prevalen sobre el contingut de l'oferta, promoció o publicitat.

L'article 61.2 TRLCU permet entendre que les promeses fetes dins la publicitat i promoció, malgrat que no s'hagin incorporat en el contracte, hi queden integrades. Alguns autors consideren que això es produeix així per aplicació del principi general de bona fe, sempre que de manera raonable el consumidor així ho esperi⁷.

⁽⁷⁾Art. 1258 CC

Això vol dir que, d'acord amb el que estableix l'article 61.2 TRLCU, el contingut de la publicitat serà exigible malgrat que no consti en el contracte finalment subscrit. Com ja hem dit, es tracta del que s'anomena *integració publicitària del contracte*: l'oferta contractual divulgada mitjançant la publicitat passa a formar part del contingut del contracte i, per tant, obliga l'agència de viatge que ha dut a terme aquesta publicitat.

S'ha de concretar, però, que no tot el contingut de la publicitat pot ser "contingut del contracte"; per exemple, no ho serà aquella part de la publicitat que és un simple elogi del producte o servei, o aquella part la finalitat propagandística de la qual és perfectament identificable.

La vinculació de la publicitat que estableix l'article 61.2 TRLCU es produeix malgrat que el contracte estigui complet en les seves determinacions normatives. Això vol dir que el consumidor que confii en la publicitat es pot oblidar del contingut del contracte, si el contingut de la publicitat li és més beneficiós que el del contracte. *Ex lege* (i no per decisió del consumidor) les clàusules contractuals cedeixen quan la publicitat és més favorable al consumidor. Per tant, aquesta regla entra en joc sempre que el contracte subscrit no tingui clàusules més beneficioses, ja que, en aquest cas, predominen aquestes clàusules per damunt de la publicitat, segons el que remarca l'article 61.3 TRLCU.

Com a exemple del que hem explicat, es poden esmentar moltes sentències del Tribunal Suprem: sentències de 14/06/1976, 09/02/1981, 21/07/1993, 24/12/1994, 30/06/1997, 04/12/1998 i 07/12/1999.

Podem destacar la Sentència del TS de 27 de gener de 1977, que diu: "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. 1.258 Cc, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa".

I la STS de 8 de novembre de 1996, que diu: "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 l'àmbit estrictament turístic, una concreció d'aquests principis la trobem en l'article 152 TRLCU, que estableix l'obligació de les agències de viatge de proporcionar als consumidors un programa o fullet informatiu en què figuri per escrit la corresponent oferta sobre el viatge combinat. La inobservança d'aquesta obligació, en cas que hi concorri culpa o dol de l'agència, podria comportar la sanció administrativa corresponent.

Una altra concreció d'aquest principi la trobem en l'article 9 LDAT. Aquest precepte estableix que qui es dediqui professionalment a la transmissió de drets d'aprofitament per torn, quan es proposa iniciar la transmissió d'aquests drets, ha d'editar un document informatiu amb el contingut que estableix l'article 9 LDAT.

Sobre aquestes qüestions parlarem amb més detall en estudiar els contractes en concret.

A part d'aquesta eficàcia vinculant de la publicitat, en la fase precontractual cal posar en relleu que es poden fixar un altre tipus de deures, com ara l'exigència que el consumidor sigui informat del contingut de les clàusules contractuals, informació que s'haurà de subministrar de manera accessible i comprensible⁸.

⁽⁸⁾Arts. 152.1 TRLCU.

4.2. La formalització del contracte

En aquesta fase també s'articulen mesures de protecció del turista i els mecanismes tuitius disposats pel legislador es refereixen, fonamentalment, al següent:

- Exigència escrita en determinats casos⁹.
- Establiment d'un contingut contractual mínim¹⁰.
- Obligació de lliurar un comprovant del contracte¹¹.
- El control de les condicions generals de contractació (CGC) per a refer un equilibri entre les parts contractants (LCGC i TRLCU).

⁽⁹⁾Arts. 154 TRLCU i 11.1 LDAT.

⁽¹⁰⁾Arts. 154 TRLCU i 11 LDAT.

⁽¹¹⁾Art. 63 TRLCU

4.2.1. Exigència escrita

Tot i que el CC parteix del principi de llibertat de forma, i que el sol consentiment obliga¹², de vegades s'exigeix una forma concreta, sia per escrit o sia en escriptura pública, per a poder provar un determinat negoci jurídic o bé per a considerar-lo vàlid i eficaç.

(12)Art. 1278 CC

Això també passa en relació amb els negocis turístics; així, hi ha legislació turística que, en determinats tipus contractuals, exigeix forma escrita. Per exemple, l'article 154 TRLCU estableix que el contracte de viatge combinat s'ha de formular per escrit. Així mateix, l'article 11.1 LDAT assenyala que el contracte ha de constar per escrit.

L'estudi dels contractes en particular es fa en el mòdul següent; no obstant això, partint d'aquestes normes, podem plantejar una qüestió general: quin abast té l'exigència de forma escrita en aquests casos? Són excepcions a la regla general del dret civil de la llibertat de forma contractual?

La qüestió està a observar si aquests preceptes consideren la forma escrita com a requisit essencial per a l'existència i validesa del contracte, de manera que l'absència d'aquesta forma en comportaria la nul·litat¹³; o bé si es pot considerar com un requisit simplement probatori, de tal manera que el contracte es perfeccionaria pel mer consentiment de les parts¹⁴. Aquesta segona opció és la que mantenen la majoria d'autors, que consideren que la manca de forma escrita no comporta ni la inexistència ni la ineficàcia del contracte.

(13)Art. 1261 CC

(14)Art. 1279 CC

4.2.2. Lliurament de comprovant

Una altra mesura de protecció pot ser l'exigència, un cop formalitzat el contracte, que se'n lliuri una còpia al consumidor¹⁵.

(15)Art. 154.2 TRLCU

En relació amb aquesta qüestió, és interessant fer referència a l'article 63 TRLCU. Aquest article exigeix que en tots els contractes subscrits amb consumidors, s'entregui un comprovant. La finalitat d'aquesta regla respon a una raó de política legislativa: facilitar la prova de la realització i els termes en els quals s'ha subscrit el contracte.

Article 63

Confirmació documental de la contractació realitzada

1. En els contractes amb consumidors i usuaris s'ha de lliurar un rebut justificant, còpia o document acreditatiu amb les condicions essencials de l'operació, incloses les condicions generals de la contractació, acceptades i signades pel consumidor i usuari, quan aquestes siguin utilitzades en la contractació.

4.2.3. La formalització de contractes turístics a distància (contractació electrònica)

La Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSI), diu que un contracte electrònic és aquell en el qual l'oferta i l'acceptació es transmeten per mitjà d'equips electrònics de tractament i emmagatzemament de dades, connectades a una xarxa de telecomunicacions.

En l'àmbit turístic pot ser freqüent que un contracte se subscrigui, no solament amb CGC, sinó també per mitjans electrònics; així doncs, hem d'assenyalar algunes qüestions de relleu.

La LSSI imposa a càrrec del prestador del servei uns deures d'informació¹⁶, tant previs com posteriors a la subscripció del contracte, que tenen caràcter imperatiu quan el contracte és de consum, caràcter dispositiu en un altre cas, i que no són aplicables quan els contractes se subscriuen exclusivament mitjançant comunicacions individualitzades, com ara correu electrònic.

⁽¹⁶⁾Art. 27 i 28 LSSI

Dit això, podem destacar les regles següents:

1) Si el prestador de serveis no assenjala expressament un termini de caducitat a l'oferta formulada electrònicament, aquesta és vàlida mentre sigui accessible als destinataris¹⁷.

⁽¹⁷⁾Art. 27.3 LSSI

2) Amb caràcter previ a la contractació, el prestador dels serveis ha de posar a disposició del destinatari les CGC a les quals s'ha de sotmetre el contracte i ho ha de fer de manera que aquest pugui emmagatzemar-les i els destinataris, reproduir-les. En aquesta qüestió s'ha de tenir en compte el Decret 1906/1999, de 17 de desembre, pel qual es regula la contractació telefònica o electrònica amb condicions generals. Hem d'assenyalar que el RD 1906/1999 és una norma de desplegament de la LCGC i, per tant, una norma aplicable a qualsevol contracte (telefònic o electrònic) amb CGC, tant si se subscriu amb un consumidor, com si es porta a terme entre empresaris, malgrat la dicció equivocada del RD 1906/1999, que parla en general només del consumidor¹⁸.

⁽¹⁸⁾Art. 27.4 LSSI

Juntament amb aquestes dues regles, si es tracta de contractes de consum, és a dir, si el destinatari té la condició de consumidor segons el TRLCU, el prestador del servei també ha de complir altres deures:

1) Amb caràcter previ (deures precontractuals) ha d'indicar:

a) el procediment de subscripció del contracte;

b) si s'arxivarà el document electrònic amb el qual es formalitza el contracte i si s'hi podrà accedir;

c) la manera d'identificar i corregir errors en la introducció de dades, i

d) la llengua de formalització del contracte, que el consumidor pot triar¹⁹.

(19) Art. 27.1 LSSI

2) Després de la subscripció del contracte de consum, el prestador del servei ha d'enviar al destinatari una confirmació de la recepció de la comanda que pugui ser arxivada per aquest²⁰.

(20) Art. 28.1 LSSI

La LSSI ha regulat una qüestió molt rellevant quan es tracta de contractes entre absents o a distància, que és el moment de la perfecció del contracte, i ha aportat una solució definitiva a la discussió que sobre aquesta qüestió hi havia en la doctrina espanyola.

El Codi civil establia que la perfecció del contracte acceptat per carta (paradigma de contracte a distància en el moment de la promulgació del CC) es produïa pel coneixement de l'acceptació per part de l'oferent (article 1262 CC, teoria de la cognició); mentre que l'article 54 Cco considerava que la perfecció es produïa des de l'emissió de l'acceptació per part de l'acceptant (teoria de l'expedició). D'altra banda, la jurisprudència (STS de 28 de maig de 1976 i de 29 de setembre de 1981) i la doctrina consideraven que la declaració d'acceptació és eficaç i perfà el contracte des del moment en què és rebuda per l'oferent (teoria de la recepció), però també que és eficaç la declaració d'acceptació quan n'ha impedit la recepció una circumstància imputable a la culpa de l'oferent.

La LSSI ha optat per combinar les teories de la cognició i de la recepció; així, els articles 1262 CC i 54 Cco actuals diuen:

“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.”

Ara bé, quan es tracta de contractes formalitzats mitjançant dispositius automàtics, se segueix la teoria de l'expedició, tal com estableixen els articles 1262 CC i 54 Cco actuals:

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

Finalment, hem de destacar que si el contracte és de consum, el lloc de formalització és el del domicili del consumidor, mentre que en els altres casos ho és el del domicili del prestador del servei²¹.

(21) Art. 29 LSSI

5. La formalització de contractes turístics sota condicions generals de la contractació i/o clàusules no negociades individualment

5.1. Què és un contracte formalitzat sota condicions generals de la contractació?

És un contracte que incorpora clàusules contractuals denominades condicions generals de la contractació (CGC) perquè compleixen els requisits de l'article 1 LCGC perquè es considerin CGC. Per tant, en un contracte amb CGC distingim:

1) **Clàusules contractuals normals:** les definitòries del preu o de les prestacions principals. S'hi apliquen les regles generals de la contractació: les regles del Codi civil.

2) **Clàusules que són condicions generals de la contractació (art. 1 LCGC) perquè són:** generals (per a multitud de contractes iguals); predisposades per la part predisposant; i imposades per la part predisposant. S'hi aplica la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació (LCGC).

5.2. Quins tipus de contractes formalitzats amb CGC trobem?

Des del punt de vista del subjecte que s'adhereix al contracte amb CGC, trobem els tipus de contracte següents:

1) Un **contracte entre professionals o empresaris**, de manera que tant el predisponent com l'adherent són professionals (article 2.2 LCGC), als quals s'aplica la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació (LCGC).

2) Un **contracte de consum**. Es tracta d'un contracte realitzat entre un consumidor o un usuari i un empresari. Per tant, l'adherent és un consumidor (art. 3 TRLCU).

En un contracte de consum distingim:

a) **Clàusules contractuals normals.** Les definitòries del preu o de les prestacions principals. S'hi apliquen les regles generals de la contractació: les regles del Codi civil.

b) Clàusules no negociades individualment. El TRLCU es refereix a un supòsit en què l'activitat creadora del contingut contractual és imputable únicament a l'empresari, igual que la incorporació al contracte del contingut creat; és a dir, fa referència a supòsits on no hi ha negociació contractual en relació amb algunes o amb totes les clàusules contractuals.

Les clàusules no negociades individualment poden ser:

- **Clàusules no negociades individualment que són condicions generals de la contractació** (article 1 LCGC) perquè són generals (per a multitud de contractes iguals); predisposades per la part predisposant; i imposades per la part predisposant. S'hi apliquen la LCGC i el TRLCU.
- **Clàusules no negociades individualment que no són condicions generals de la contractació.** Si les clàusules no s'incorporen a una pluralitat de contractes no són CGC i no s'hi aplica la LCGC, sinó el TRLCU.

5.3. Per què són peculiars els contractes formalitzats sota condicions generals de la contractació?

Perquè se sotmeten a uns controls legals: el d'incorporació i el de contingut.

1) El control d'incorporació té com a funció esbrinar quin és el marc de l'acord contractual o, dit d'una altra manera, determinar a quines CGC o clàusules no negociades individualment s'adhereix la part contractant. És un control formal.

El control d'incorporació es basa en el següent: **a)** requisits de plasmació documental i disponibilitat; **b)** requisits de formulació.

2) El control de contingut és el mecanisme pel qual les CGC o clàusules no negociades individualment que s'han incorporat al contracte se sotmeten a una fiscalització del seu contingut, amb vista a determinar si aquest és nul perquè contradiu preceptes legals o abusius. És un control de fons.

5.4. Com funciona el control d'incorporació?

Les regles del control d'incorporació són diferents segons el tipus de contracte que sigui. Per tant, distingirem els tipus de contractes següents:

5.4.1. Contracte amb CGC formalitzat entre professionals o empresaris

Per a aquests contractes el control d'incorporació està regulat en els articles 5 i 7 LCGC.

Requisits de plasmació documental i disponibilitat

1) El requisit de **plasmació documental** exigeix que les CGC es trobin en el text del contracte o que es faci referència expressa al document en què es troben. En definitiva, que hi hagi informació sobre l'existència de les CGC (article 5.1 LCGC).

2) El requisit de la **disponibilitat** suposa el deure de lliurar (facilitar) al contractant –adherent– una còpia del contracte en el qual hi ha les CGC o les pròpies CGC si aquestes no estan en el contracte perfeccionat.

El compliment dels requisits de plasmació documental i disponibilitat és necessari per a considerar que hi ha hagut acceptació del contracte amb CGC.

La LCGC també exigeix la signatura del contracte per considerar que les CGC s'han incorporat al contracte en particular.

El requisit de l'acceptació del contracte té un significat diferent segons la manera en què es formalitzi:

a) Quan el contracte formalitzat amb CGC és un contracte en forma escrita, la incorporació de les condicions al document contractual ha de ser completa:

Quan l'adherent és un professional, es diu que les CGC que no es recullen en el document contractual li són oposables si per raó del seu ofici o professió hauria de conèixer-les, i sempre que hi hagi, al document principal, una clàusula de remissió expressa als documents annexos.

b) Quan el contracte no s'hagi de formalitzar per escrit, l'article 5.3 de la LCGC distingeix:

- Quan el contracte no es formalitza per escrit però el predisposant ha de lliurar un resguard justificatiu de la contraprestació rebuda. En aquest cas, el predisposant ha de fer una d'aquestes tres coses:
 - Anunciar les CGC en un lloc visible dins del lloc on es formalitza el negoci.
 - Inserir les CGC en la documentació amb què s'acompanya la formalització del contracte.
 - Garantir a l'adherent d'una altra manera la possibilitat efectiva de conèixer l'existència i el contingut de les CGC en el moment de la formalització del contracte.

- Quan el contracte no es formalitza per escrit i el predisposant no ha de lliurar resguard justificatiu de la contraprestació rebuda. Per a aquests supòsits la LCGC no estableix cap regulació.

c) En els contractes que es formalitzin telefònicament o electrònicament, l'article 5.4 LCGC estableix el següent:

Cal que consti en els termes que reglamentàriament s'estableixin l'acceptació de totes i cadascuna de les clàusules del contracte, sense necessitat de signatura convencional. I s'ha d'enviar immediatament al consumidor justificació escrita de la contractació efectuada, on n'han de constar tots els termes.

Requisits de formulació

L'article 5.5 LCGC estableix el següent: "La redacció de les clàusules generals s'ha d'ajustar als criteris de transparència, claredat, concreció i senzillesa".

Què passa si les CGC no compleixen els requisits d'incorporació?

L'article 7 LCGC parla de la declaració de no-incorporació i assenyala els supòsits en els quals les CGC no queden incorporades al contracte.

1) En primer lloc, l'incompliment de l'exigència de plasmació documental o de la de disponibilitat suposa la no-acceptació de la incorporació de les CGC al contracte per part de l'adherent.

2) En segon lloc, la manca de signatura del contracte o del document que conté les CGC se sanciona amb la no-incorporació de les CGC al contracte.

3) En tercer lloc, es declaren no incorporades al contracte, en virtut de l'article 7.b LCGC, les condicions il·legibles, ambigües, incomprensibles o obscures.

La declaració de no-incorporació de les CGC al contracte en virtut de l'article 7 LCGC és una declaració d'inexistència per falta de requisits positius que n'impedeixen l'existència com a contingut contractual.

La no-incorporació, *ex* article 9.1 LCGC, pot ser declarada d'acord amb les regles generals reguladores de la nul·litat contractual (articles 6.3, 1261, 1300, 1303 Cc).

Aquest règim és el de la nul·litat parcial quan el contracte pot subsistir sense aquestes clàusules.

Segons l'article 9.2 LCGC, la sentència estimatòria de l'acció de nul·litat pot tenir dos possibles continguts:

a) D'una banda, la sentència pot tenir un contingut que en realitat és doble:

- La declaració d'inexistència de les CGC impugnades per l'adherent, les quals han de desaparèixer del contingut contractual perquè en realitat mai en van formar part, pel fet d'estar viciades d'ineficàcia per inexistència.
- L'aclariment de l'eficàcia del contracte que ens remet a l'article 10 LCGC i condueix a l'anomenada nul·litat parcial.

La nul·litat parcial pressuposa un contracte en el qual s'ha de reconstruir la regla negocial a causa de la declaració de nul·litat d'algunes clàusules contractuals (vegeu els articles 1116 i 1155 Cc). Per integrar el contracte, la LCGC estableix expressament com a criteri d'integració, l'aplicació de l'article 1258 Cc i les regles interpretatives del Codi civil.

b) D'altra banda, el segon contingut possible és la declaració de nul·litat de tot el contracte si aquesta n'afecta elements essencials (article 1261 Cc).

5.4.2. Contracte de consum

Contractes de consum amb clàusules no negociades individualment que són condicions generals de la contractació

Per a aquests contractes, el control d'incorporació està regulat en els articles 5 i 7 LCGC (en virtut de l'article 59.3 TRLCU) i en l'article 80.1.a i b TRLCU.

1) Requisits de plasmació documental i disponibilitat

a) El requisit de **plasmació documental** exigeix que les CGC es trobin en el text del contracte o que es faci referència expressa al document en què aquestes es troben. En definitiva, que hi hagi informació sobre l'existència de les CGC (art. 5.1 LCGC). En matèria de contractes de consum, podem extreure de l'article 80.1.b TRLCU que el requisit de plasmació documental es troba en la idea d'"accessibilitat", de manera que s'ha de permetre al consumidor el coneixement de l'existència i contingut de les CGC de forma prèvia a la formalització del contracte.

b) El requisit de la **disponibilitat** suposa el deure de lliurar (facilitar) al contractant –adherent– una còpia del contracte en el qual hi ha les CGC o les pròpies CGC si aquestes no estan en el contracte conclòs. L'article 80.1.a del TRLCU exigeix la possibilitat de comprensió directa, la qual cosa es vincula al fet que no hi hagi "reenviaments a textos o documents que no es facilitin prèviament o simultàniament a la conclusió del contracte, i als quals, en tot cas, s'han de fer referència expressa en el document contractual".

El compliment dels requisits de plasmació documental i disponibilitat és necessari per tal d'entendre que hi ha hagut acceptació del contracte amb CGC.

La LCGC també exigeix la signatura del contracte per considerar que les CGC s'han incorporat al contracte en particular.

El requisit de l'acceptació del contracte té un significat diferent segons la manera com es formalitzi:

a) Quan el contracte formalitzat amb CGC és un contracte en forma escrita, la incorporació de les condicions al document contractual ha de ser completa. L'article 80.1.a del TRLCU exigeix la possibilitat de "comprensió directa", cosa que es vincula al fet que no hi hagi "reenviaments a textos o documents que no es facilitin prèviament o simultàniament a la conclusió del contracte, i als quals, en tot cas, cal fer referència expressa en el document contractual". Per tant, l'adherent –consumidor– es considera informat de l'existència de documents annexos quan en el document principal hi ha una clàusula de referència expressa i li són lliurats prèviament o simultàniament a la conclusió del contracte o posats a la seva disposició.

b) Quan el contracte no s'hagi de formalitzar per escrit, l'article 5.3 de la LCGC distingeix:

- Quan el contracte no es formalitza per escrit però el predisposant ha de lliurar un resguard justificatiu de la contraprestació rebuda. En aquest cas, el predisposant ha de fer una d'aquestes tres coses:
 - Anunciar les CGC en un lloc visible dins del lloc on es formalitzi el negoci.
 - Inserir les CGC en la documentació que acompanya la formalització del contracte.
- Garantir a l'adherent d'una altra manera la possibilitat efectiva de conèixer l'existència i el contingut de les CGC en el moment de la formalització del contracte.
- Quan el contracte no s'ha de formalitzar per escrit i el predisposant no ha de lliurar resguard justificatiu de la contraprestació rebuda. Quan l'adherent és un consumidor, sembla que no s'admet un contracte en el qual el predisposant no tingui l'obligació de lliurar un resguard justificatiu de la contraprestació rebuda (article 63.1 TRLCU).

c) En els contractes que es formalitzin telefònicament o electrònicament, l'article 5.4 LCGC disposa el següent:

Cal que consti en els termes que reglamentàriament s'estableixin l'acceptació de totes i cadascuna de les clàusules del contracte, sense necessitat de signatura convencional. I s'ha d'enviar immediatament al consumidor justificació escrita de la contractació efectuada, on n'han de constar tots els termes.

La mateixa idea es plasma en matèria de contractes de consum segons el que s'estableix en l'article 80.1.b del TRLCU.

2) Requisits de formulació

L'article 5.5 LCGC diu el següent: "La redacció de les clàusules generals s'ha d'ajustar als criteris de transparència, claredat, concreció i senzillesa". L'article 80.1.a i b del TRLCU repeteix els mateixos requisits de formulació que la LCGC.

La claredat, concreció i senzillesa permeten la comprensibilitat dels textos, exigència plasmada en l'expressió "amb possibilitat de compressió directa".

Així mateix, el TRLCU afegeix un requisit de formulació nou, pel que fa a la LCGC: el de la llegibilitat.

3) Què passa si les clàusules no negociades individualment que són CGC no compleixen els requisits d'incorporació?

L'article 7 LCGC parla de la declaració de no-incorporació i indica els supòsits en els quals les CGC no queden incorporades al contracte.

a) En primer lloc, l'incompliment de l'exigència de plasmació documental o de la de disponibilitat suposa la no-acceptació de la incorporació de les CGC al contracte per part de l'adherent.

b) En segon lloc, la manca de signatura del contracte o del document que conté les CGC se sanciona amb la no-incorporació de les CGC al contracte.

c) En tercer lloc, es declaren no incorporades al contracte, en virtut de l'article 7.b LCGC, les condicions il·legibles, ambigües, incomprensibles o obscures.

La declaració de no-incorporació de les CGC al contracte en virtut de l'article 7 LCGC és una declaració d'inexistència per falta de requisits positius que n'impedeixen l'existència com a contingut contractual.

La no-incorporació, *ex* article 9.1 LCGC, pot ser declarada d'acord amb les regles generals reguladores de la nul·litat contractual (articles 6.3, 1261, 1300, 1303 Cc). Aquest règim és el de la nul·litat parcial quan el contracte pot subsistir sense aquestes clàusules.

Segons l'article 9.2 LCGC, la sentència estimatòria de l'acció de nul·litat pot tenir dos possibles continguts:

a) D'una banda, la sentència pot tenir un contingut que en realitat és doble:

- La declaració d'inexistència de les CGC impugnades per l'adherent, les quals hauran de desaparèixer del contingut contractual perquè en realitat no van formar-ne part mai, perquè estan viciades d'ineficàcia per inexistència.
- L'aclariment de l'eficàcia del contracte (articles 10 LCGC i 83 del TRLCU), la qual cosa ens condueix a l'anomenada nul·litat parcial.

La nul·litat parcial pressuposa un contracte en el qual s'ha de reconstruir la regla negocial a causa de la declaració de nul·litat d'algunes clàusules contractuals (vegeu els articles 1116 i 1155 Cc). Per integrar el contracte, la LCGC i el TRLCU remeten expressament a l'aplicació de l'article 1258 CC i les regles interpretatives del Codi civil.

Juntament amb la integració en atenció a l'article 1.258 CC, el jutge disposa de facultats moderadores dels drets i obligacions de les parts.

b) D'altra banda, el segon contingut possible és la declaració de nul·litat de tot el contracte si aquesta n'afecta elements essencials. L'article 83.2 del TRLCU regula el cas que les clàusules subsistents al control de contingut determinin una situació no equitativa en la posició de les parts, que no pugui ser esmenada, cas en el qual es pot declarar la ineficàcia total del contracte.

Contractes de consum amb clàusules no negociades individualment que no són condicions generals de la contractació

Per als contractes amb consumidors que contenen clàusules particulars no negociades individualment i que no compleixin els requisits per ser CGC, regeix l'article 80 i següents del TRLCU, però no la LCGC, ja que com el seu nom indica, la LCGC només regula les clàusules contractuals que compleixin els requisits de ser una CGC.

Per a aquestes clàusules, el control d'incorporació està regulat en l'article 80.1.a i b del TRLCU.

1) Requisits de plasmació documental i disponibilitat

a) El requisit de **plasmació documental** podem extreure'l de l'article 80.1.b TRLCU que es troba en la idea d'"accessibilitat", de manera que s'ha de permetre al consumidor el coneixement de l'existència i contingut de les clàusules contractuals no negociades individualment de forma prèvia a la formalització del contracte.

b) El requisit de la **disponibilitat** es troba en la idea de "comprensió directa". L'article 80.1.a del TRLCU exigeix la possibilitat de comprensió directa, la qual cosa es vincula al fet que no hi hagi "reenviaments a textos o documents que no es facilitin prèviament o simultàniament a la conclusió del contracte, i als quals, en tot cas, cal fer referència expressa en el document contractual".

Aquests requisits tenen diferent significat segons la manera com es formalitzen:

a) **Quan el contracte formalitzat amb clàusules no negociades individualment és un contracte en forma escrita, la incorporació de les clàusules al document contractual ha de ser completa.** Quan l'adherent és un consumidor, els documents annexos se li han de facilitar abans o simultàniament a la conclusió del contracte (article 80.1.a del TRLCU). Així, l'adherent –consumidor– es considera informat de l'existència de documents annexos quan en el document principal hi ha una clàusula de referència expressa i li són lliurats prèviament o simultàniament a la conclusió del contracte o posats a la seva disposició.

b) **Quan el contracte no s'hagi de formalitzar per escrit.** El predisposant té també l'obligació de lliurar un resguard justificatiu de la contraprestació rebuda (article 63.1 TRLCU).

c) **En els contractes que es formalitzin telefònicament o electrònicament,** l'article 80.1.b del TRLCU assenyalava el següent:

"És necessari que consti, en els termes que reglamentàriament s'estableixin, l'acceptació de totes i cada una de les clàusules del contracte, sense necessitat de signatura convencional. En aquest cas, s'ha d'enviar immediatament al consumidor i usuari justificació de la contractació efectuada per escrit o, llevat que hi hagi oposició expressa del consumidor i usuari, en qualsevol suport de naturalesa duradora adequat a la tècnica de comunicació a distància utilitzada, on han de constar tots els termes d'aquesta. La càrrega de la prova del compliment d'aquesta obligació correspon al predisponent".

Tanmateix, es constata que només parla de CGC i no de clàusules no negociades individualment en general.

2) Requisits de formulació

L'article 80.1.a i b del TRLCU repeteix els mateixos requisits de formulació que la LCGC: concreció, claredat i senzillesa en la redacció de les clàusules contractuals. La claredat, concreció i senzillesa permetran la comprensibilitat dels textos, que es plasma en l'expressió "amb possibilitat de compressió directa". Així mateix, el TRLCU afegeix el requisit de la llegibilitat.

3) Què passa si les clàusules no negociades individualment que no són CGC no compleixen els requisits d'incorporació?

Sobre aquesta qüestió el TRLCU no diu res però hem d'entendre que, aplicant analògicament l'article 82 TRLCU, les clàusules no negociades individualment (que no són CGC) que no superin els requisits d'incorporació són nul·les de ple dret.

Les clàusules no negociades individualment no incorporades tenen el mateix tractament, per tant, que les clàusules abusives (article 83 del TRLCU).

5.5. Com funciona el control de contingut?

Les regles del control de contingut també són diferents segons el tipus de contracte de CGC que sigui. Per tant, també es farà la distinció següent.

5.5.1. Contracte amb CGC formalitzat entre professionals o empresaris

L'article 8.1 LCGC fa referència a la declaració de nul·litat de ple dret i preveu dos supòsits en els quals les CGC són nul·les: quan contradiguin, en perjudici de l'adherent, allò que disposa la LCGC; o allò que disposa qualsevol norma imperativa o prohibitiva.

Per tant, les CGC inserides en un contracte formalitzat entre professionals se sotmeten al control tradicional de nul·litat previst en el Codi civil a través del joc dels articles 6.3 i 1.255 Cc.

En aquests contractes, si les CGC no superen el control de contingut, l'article 9.1 LCGC remet al règim de la nul·litat parcial quan el contracte pot subsistir sense aquestes clàusules. Segons l'article 9.2 LCGC, la sentència estimatòria de l'acció de nul·litat pot tenir dos possibles continguts:

1) D'una banda, la sentència pot tenir un contingut que en realitat és doble:
a) la declaració de la nul·litat de les CGC impugnades per l'adherent, les quals han de desaparèixer del contingut contractual perquè en realitat no van formar-ne part mai, perquè estan viciades d'ineficàcia per nul·litat radical (absoluta); i b) l'aclariment de l'eficàcia del contracte, que remet a l'article 10 LCGC i condueix a l'anomenada nul·litat parcial.

La nul·litat parcial pressuposa un contracte en el qual s'ha de reconstruir la regla negocial a causa de la declaració de nul·litat d'algunes clàusules contractuals (vegeu els articles 1116 i 1155 Cc). Per tal d'integrar el contracte la LCGC remet, com a criteri d'integració, a l'aplicació de les regles deduïbles del principi de bona fe aplicat en funció d'integració; dit d'una altra manera, l'aplicació de l'article 1258 Cc i les regles interpretatives del Codi civil (articles 1281-1289 Cc).

2) D'altra banda, el segon contingut possible és la declaració de nul·litat de tot el contracte si aquesta n'afecta elements essencials (art. 1261 Cc).

5.5.2. Contracte de consum

Contractes de consum amb clàusules no negociades individualment que són condicions generals de la contractació

L'article 8.1 LCGC regula el control de contingut de les CGC, remetent-se al règim general de la nul·litat contractual del Codi civil. L'article 8.2 LCGC preveu un supòsit de nul·litat de les CGC aplicable només als contractes de consum.

Als contractes formalitzats sota CGC amb consumidors s'aplica el control de la LCGC i el control específic de la Llei 26/1984. Ara bé, aquesta remissió a l'article 10 bis i a la disposició addicional primera de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris s'ha d'entendre, actualment, feta en els articles 80, 82 i 85 a 90 del TRLCU. Per tant, el control de contingut dels contractes de consum amb clàusules no negociades individualment es realitza mitjançant:

1) Una clàusula general de bona fe (articles 80.1.c i 82.1 TRLCU). Les estipulacions que es vulguin declarar abusives han de causar al consumidor, en contra de les exigències de la bona fe, un desequilibri contractual; és a dir, en els drets i obligacions contractuals.

2) Una llista de clàusules considerades abusives (articles 82.4 i 85-90 TRLCU). S'estableixen trenta-vuit estipulacions o supòsits que són, en tot cas, abusius. O sigui, l'anomenada llista negra. Això significa que es considera que exclouen la bona fe i el just equilibri de contraprestacions i, per tant, són nuls de ple dret i es tenen per no posats, ja que es consideren en tot cas abusius, els trenta-vuit supòsits que s'enumeren en els articles 85 a 90 del TRLCU, encara que aquesta llista no és *numerus clausus*.

La llista negra de clàusules abusives es divideix en sis tipus :

a) Les clàusules que vinculen el contracte a la voluntat de l'empresari (article 85 TRLCU).

- b)** Les clàusules que limitin els drets del consumidor i usuari (article 86 TRL-
CU).

- c)** Les clàusules que determinin la falta de reciprocitat en el contracte (article
87 TRLCU).

- d)** Les clàusules que imposin al consumidor i usuari garanties desproporci-
onades o li imposin indègudament la càrrega de la prova (article 88 TRLCU).

- e)** Les clàusules que resultin desproporcionades en relació amb el perfecciona-
ment i execució del contracte (article 89 TRLCU).

- f)** Les clàusules que contravinguin les regles sobre competència i dret aplicable
(article 90 TRLCU).

Si les clàusules no negociades individualment que són CGC no superen el control de contingut, l'article 9.1 LCGC estableix el règim de la nul·litat parcial quan el contracte pot subsistir sense aquestes clàusules.

Segons, l'article 9.2 LCGC, la sentència estimatòria de l'acció de nul·litat pot tenir dos possibles continguts:

- a)** D'una banda, la sentència pot tenir un contingut que en realitat és doble: 1) la declaració de la nul·litat de les CGC impugnades per l'adherent, les quals desapareixen del contingut contractual perquè en realitat no van formar-ne part mai, ja que estan viciades d'ineficàcia per nul·litat radical. L'article 83 del TRLCU regula també aquests efectes del control de contingut; i 2) l'aclariment de l'eficàcia del contracte que remet a l'article 10 LCGC i condueix a l'anomenada nul·litat parcial. La nul·litat parcial pressuposa un contracte en el qual s'ha de reconstruir la regla negocial a causa de la declaració de nul·litat d'algunes clàusules contractuals (vegeu els articles 1116 i 1155 Cc). L'article 83 del TRLCU disposa que "la part del contracte afectada per la nul·litat s'ha d'integrar d'acord amb allò que disposa l'article 1258 del Codi civil i amb el principi de bona fe objectiva". Juntament amb la integració en atenció a l'article 1258 CC, el jutge disposa de facultats moderadores dels drets i obligacions de les parts.

- b)** D'altra banda, el segon contingut possible és la declaració de nul·litat de tot el contracte si n'afecta elements essencials (article 1261 Cc). D'acord amb l'article 83.2 del TRLCU, la ineficàcia total és l'última solució que s'ha d'adoptar ja que ha d'intentar la integració procurant esmenar el desequilibri contractual que pugui patir el consumidor.

Contractes de consum amb clàusules no negociades individualment que no són condicions generals de la contractació

El control de contingut dels contractes de consum amb clàusules no negociades individualment es realitza mitjançant:

1) Una clàusula general de bona fe (articles 80.1.c i 82.1 TRLCU). Les estipulacions que es vulguin declarar abusives han de causar al consumidor, en contra de les exigències de la bona fe, un desequilibri contractual, és a dir, en els drets i obligacions contractuals.

2) Una llista de clàusules considerades abusives (art. 82.4 i 85-90 TRLCU). S'estableixen trenta-vuit estipulacions o supòsits que són, en tot cas, abusius. O sigui, l'anomenada llista negra. Això significa que es considera que exclouen la bona fe i el just equilibri de contraprestacions i, per tant, són nuls de ple dret i es tenen per no posats, perquè es consideren en tot cas abusius, els trenta-vuit supòsits que s'enumeren en els articles 85 a 90 del TRLCU, encara que aquesta llista no constitueix un *numerus clausus*.

Com ja hem dit, la llista negra de clàusules abusives es divideix en sis tipus:

a) Les clàusules que vinculin el contracte a la voluntat de l'empresari (article 85 TRLCU).

b) Les clàusules que limitin els drets del consumidor i usuari (article 86 TRLCU).

c) Les clàusules que determinin la falta de reciprocitat en el contracte (article 87 TRLCU).

d) Les clàusules que imposin al consumidor i usuari garanties desproporcionades o li imposin indegudament la càrrega de la prova (article 88 TRLCU).

e) Les clàusules que resultin desproporcionades en relació amb el perfeccionament i execució del contracte (article 89 TRLCU).

f) Les clàusules que contravinguin les regles sobre competència i dret aplicable (article 90 TRLCU).

Si les clàusules no negociades individualment que no són CGC no superen el control de contingut, l'article 83 del TRLCU indica que, en aquest cas, les clàusules abusives són nul·les de ple dret i s'han de tenir per no posades.

La sentència estimatòria de l'acció de nul·litat pot tenir dos possibles continguts:

- a) D'una banda, la sentència pot tenir un contingut que en realitat és doble:
- 1) la declaració de la nul·litat de les clàusules abusives que es tenen per no posades, és a dir, desapareixen del contingut contractual perquè en realitat no van formar-ne part mai, pel fet d'estar viciades d'ineficàcia per nul·litat radical;
 - i 2) l'aclariment de l'eficàcia del contracte.

La nul·litat parcial pressuposa un contracte en el qual s'ha de reconstruir la regla negocial a causa de la declaració de nul·litat d'algunes clàusules contractuals (vegeu els articles 1116 i 1155 Cc). L'article 83 del TRLCU assenyala que "la part del contracte afectada per la nul·litat s'ha d'integrar d'acord amb allò que disposa l'article 1258 del Codi civil i amb el principi de bona fe objectiva". Juntament amb la integració en atenció a l'article 1258 CC, el jutge disposa de facultats moderadores dels drets i obligacions de les parts, en cas que el contracte subsisteixi, i de facultats moderadores de la ineficàcia del contracte si produeix un perjudici apreciable al consumidor.

- b) D'altra banda, el segon contingut possible és la declaració de nul·litat de tot el contracte si n'afecta elements essencials (article 1261 Cc). L'article 83.2 del TRLCU disposa que quan les clàusules subsistents al control de contingut determinin una situació no equitativa en la posició de les parts, que no pugui ser esmenada, es pot declarar la ineficàcia total del contracte.

6. La modificació, ineficàcia i extinció del contracte

6.1. Modificació

En principi el contracte s'ha de complir segons el que s'ha pactat. No obstant això, ens podem trobar davant casos en què de manera sobtevinguda es modifiquen les obligacions assumides per les parts. Hi ha casos en què, amb independència de quan les parts ho pactin, la llei permet fer aquestes modificacions en relació amb alguns contractes en particular.

1) **Revisió de preus:** d'entrada no és possible fer-ne una revisió, tret que s'hagi previst en el contracte²². Ara bé, per exemple, l'article 157.2 TRLCU preveu la possibilitat que hi hagi una revisió del preu fixat en el contracte per a incorporar variacions del preu del transport o bé impostos relatius a determinats serveis.

(22) Art. 157.1 TRLCU

2) **Modificació d'alguna prestació:** des que es fa el contracte fins al seu compliment, pot transcórrer un termini més o menys breu. En aquest termini pot ser que l'organitzador es vegi obligat a canviar alguns dels serveis previstos, circumstància força probable, sobretot en contractes que s'han de complir a l'estranger. En alguns casos la legislació permet aquests canvis, com és el cas de l'article 158 TRLCU. En l'apartat dedicat a aquest contracte en particular, veurem que quan s'hagin de produir modificacions, el consumidor pot optar entre resoldre el contracte o bé acceptar la modificació.

6.2. Ineficàcia

El contracte es fa amb la finalitat que produeixi els efectes jurídics desitjats i que la llei determina. Però l'eficàcia en tot tipus de contracte depèn del fet que s'hagi format regularment. L'ordenament jurídic considera la ineficàcia d'un contracte segons el tipus d'irregularitat que presenta i, segons la irregularitat, s'estableixen diferents tipus de sanció, que van des de la inexistència fins a la possibilitat d'anul·lar el contracte.

La nul·litat absoluta o radical implica ineficàcia i alhora invalidesa. La nul·litat absoluta es dona per infracció d'una norma imperativa o prohibitiva (excepte que la mateixa norma estableixi un efecte diferent per al cas de contravençió, article 6.3 CC), o pel fet de contravenir la moral o l'ordre públic²³. També en els casos en què falti algun dels requisits essencials del contracte²⁴. El contracte que és nul no produeix cap efecte (les parts s'han de retornar les prestacions),

(23) Art. 1255 CC

(24) Art. 1261 i 1300 CC

no es pot sanejar pel transcurs del temps, opera automàticament i els tribunals poden apreciar la nul·litat d'ofici, qualsevol persona pot instar la declaració de nul·litat i és imprescriptible.

L'anul·labilitat implica també un contracte invàlid i ineficaç perquè pateix algun vici o anomalia en algun dels elements²⁵. Malgrat la defectuosa redacció legal, l'article 1301 CC determina els casos en què escau l'anul·labilitat: vicis del consentiment i quan hi ha una manca o limitació de capacitat.

(25) Arts. 1263, 1265 i 1301 CC

Es tracta d'un contracte que comença a produir efectes des de la perfecció, si bé aquests efectes són claudicants. Per tant, el contracte anul·lable produeix efectes normalment. Només el poden impugnar les persones concretes assenyalades amb aquesta finalitat. L'exercici de l'acció d'anul·labilitat està sotmès al termini de caducitat de quatre anys²⁶. Els contractes anul·lables són susceptibles de confirmació o convalidació.

(26) Art. 1301 CC

Un exemple de supòsit en què es podria exercir l'acció de nul·litat (o anul·labilitat) en matèria de contractes turístics s'observa en l'article 78 TRL-CU.

Article 78

Accions de nul·litat o resolució

"La falta d'exercici del dret de desistiment en el termini fixat no és obstacle per al posterior exercici de les accions de nul·litat o resolució del contracte quan siguin procedents conforme a dret."

La ineficàcia (no invalidesa) d'un contracte es pot produir també en casos en què el contracte neix i és perfectament vàlid, però per circumstàncies externes a la formació del contracte, aquest esdevé ineficaç.

Per a assenyalat una llista de supòsits en què es produeix aquesta ineficàcia, podem destacar els següents:

1) **Resolució per incompliment en les obligacions recíproques**, supòsit que es tracta en matèria d'incompliment, ja que el contracte esdevé ineficaç i es frustran els interessos d'una de les parts, precisament perquè l'altra ha incomplert²⁷.

(27) Art. 1124 CC

Un supòsit específic de resolució seria aquell en què el consumidor no accepta una modificació significativa del contracte de VC²⁸.

(28) Art. 158.2 TRLCU

2) **Rescissió del contracte**, que és un supòsit d'ineficàcia funcional, sobrevinuda i provocada, per la qual un contracte vàlid queda sense efecte com a conseqüència de la lesió o el perjudici que es produeix a un dels contractants o a tercers²⁹.

(29) Art. 1290 CC

La rescissió té un caràcter excepcional i subsidiari, i només opera en els casos establerts per la llei³⁰. L'acció de rescissió és subjecta a un termini de caducitat de quatre anys i només la poden exercir les persones assenyalades expressament per la llei. La seva finalitat és obtenir una satisfacció econòmica que eviti el perjudici produït pel contracte; així doncs, si no es pot obtenir la restitució de la cosa perquè ja no està en poder del demandat, s'escau la indemnització de danys i perjudicis.

(30) Arts. 1291 i 1294 CC

En la legislació turística podem trobar casos especials de rescissió (o resolució, encara que no entrarem en la qualificació jurídica) per a protegir al turista com a consumidor³¹.

(31) Art. 1291.5 CC

Per exemple, en la contractació a distància, si el venedor incompleix els seus deures precontractuals o postcontractuals, el consumidor té un termini de tres mesos des de la recepció del producte per a resoldre el contracte (cfr. article 44.5 LOCD i article 4.3 RD 1906/1999).

3) Dissentiment mutu, que implica un acord de voluntats entre totes dues parts, per la qual cosa es deixa sense efecte el contracte. Aquesta facultat està inclosa dins l'autonomia de la voluntat de les parts³².

(32) Art. 1255 CC

4) Desistiment unilateral, que és la facultat de denúncia del contracte per una de les parts contractants. Aquest desistiment unilateral és una excepció al principi general en matèria contractual, pel qual el contracte s'ha de complir segons el que s'ha pactat. Només es pot donar en casos excepcionals i té dues modalitats:

a) Quan s'exigeix *justa causa*. Es tracta de casos en què la relació contractual és de llarga durada, sense termini fix d'extinció i basada en les qualitats personals (*intuitu personae*) de les parts, de manera que si cessa la confiança mútua o l'interès econòmic es pot desistir del contracte, sempre d'acord amb les exigències de la bona fe.

En trobem exemples en els articles 1581, 1700.4 i 1750 CC, però ha estat la jurisprudència la que ha construït els requisits per trobar-nos davant aquest supòsit.

b) Quan no s'exigeix *justa causa* (desistiment lliure o *ad nutum*). Aquests casos han d'estar expressament reconeguts en la llei i són freqüents en les regulacions protectores del consumidor (o del turista), per a concedir-li un temps de reflexió posterior a la signatura del contracte, és a dir, quan el contracte ja s'ha perfet. En aquests casos, el consumidor no ha d'al·legar cap *justa causa* per a desistir, ni tampoc ha de pagar cap despesa. És un desistiment *ad nutum* perquè el contracte no arriba a desplegar ni tan sols els efectes típics.

Per exemple, la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç detallista, permet que el consumidor, en contractes perfets a distància i compravendes realitzades fora de l'establiment mercantil (segons la definició de l'article 38 LOCD), pugui exercir el dret de desistiment en el termini de set dies des de la recepció del producte (article 44 LOCD). Ara bé, si es tracta d'una prestació d'un servei (com en molts casos del contractes turístics), el còmput del termini compta a partir de la subscripció del contracte i abans de la seva execució (article 4.2 RD 1906/1999). Així mateix, el termini també es pot comptar des de la recepció completa de les CGC i de la confirmació documental del contracte subscrit, si aquesta té lloc després de la recepció del producte o de la subscripció del contracte de prestació de serveis (article 4.2 i 3 RD 1906/1999).

La legislació especial pot establir terminis de desistiment diferents en funció del tipus de contracte; per exemple, l'article 12.2 LDAT permet que l'adquirent d'un torn desisteixi del contracte durant catorze dies hàbils.

D'altra banda, el prestador de serveis també té la facultat de cancel·lar el viatge ofert i contractat amb els consumidors (article 159 TRLCU). En aquests casos, el consumidor té dret a optar entre la devolució del que ha pagat o un viatge de característiques iguals o superiors. Tant si opta per una cosa com per l'altra, té dret a una indemnització, la quantitat de la qual dependrà de quan tingui lloc la cancel·lació.

No entrem a qualificar quin tipus d'ineficàcia és la prevista en l'article 159 TRLCU, però no és un desistiment lliure perquè s'ha de pagar una indemnització.

6.3. Extinció

Són causes generals d'extinció dels contractes les següents:

- El seu compliment (article 1156 CC).
- La concurrència de les causes d'extinció previstes en el contracte.
- El transcurs del termini de durada pactat.
- L'exercici del dissentiment mutu, encara que no s'hagin complert les previsions inicials. Es tracta, com hem dit, de l'acord de voluntat entre totes dues parts, pel qual es deixa sense efecte el contracte i, si escau, també es regulen les conseqüències de l'extinció del contracte.
- La concurrència de les causes de resolució dels contractes que la llei preveu amb caràcter general: resolució per incompliment contractual, article 1124 CC. Ens remetem a l'apartat anterior. L'extinció del contracte pot donar lloc, per exemple en cas d'incompliment, al naixement, a càrrec de la part incomplidora, de l'obligació d'indemnitzar els danys i perjudicis ocasionats³³.
- En els contractes de durada indefinida, la denúncia (desistiment) de qual-sevol de les parts (sovint en aquests casos s'estableix un termini de preavís).

⁽³³⁾Art. 1101 i 1124 CC

Ens podem remetre al desistiment unilateral amb justa causa de l'apartat anterior.

- El desistiment unilateral lliure que també ja hem explicat en l'apartat anterior.

7. La responsabilitat civil de les parts per l'incompliment de les seves obligacions

La **responsabilitat civil** significa la subjecció de qui vulnera un deure de conducta imposat en interès d'un altre subjecte a l'obligació de reparar el dany produït.

Aquesta responsabilitat (qualificada com a civil en contraposició a la penal) es classifica tradicionalment en **responsabilitat contractual** i **responsabilitat extracontractual o aquiliana**.

La primera sorgeix quan es vulnera el deure de conducta que neix d'un contracte, mentre que la segona neix quan es causa un dany com a conseqüència d'un comportament culpable o dolós (és a dir, es vulnera el deure general de no causar dany a un altre). Cadascun d'aquests sistemes té regles de funcionament diferents, i per aquesta raó és important determinar quin és el que entra en joc, si bé a vegades la frontera entre tots dos es desdibuixa.

7.1. Responsabilitat contractual

Les parts estableixen un contracte que té com a objecte la satisfacció d'un interès. En el cas dels contractes turístics normalment consisteix en la prestació d'un servei, que és la principal obligació assumida pel deutor de la prestació. Veurem què succeeix quan no se satisfà l'interès del creditor. Analitzarem els mecanismes generals d'atribució de la responsabilitat contractual.

7.1.1. Lesió de l'interès del creditor

Les obligacions assumides en els contractes es poden complir segons el que s'ha estipulat, però pot succeir també que els interessos de les parts siguin frustrats, que no se satisfacin. És el que s'anomena *lesió de l'interès del creditor*.

Aquesta lesió de l'interès del creditor pot estar motivada per dues raons principals:

- perquè el deutor no ha fet cap tipus de prestació;
- perquè s'ha fet una prestació però no s'adequa al que s'ha pactat.

No es fa cap prestació

En aquest cas ens podem trobar davant de dues possibilitats:

1) La primera és que, si bé amb retard, encara sigui possible complir (retard o mora). La mora és un retard qualificat que comporta que l'obligació sigui exigible, que s'hagi requerit al deutor i que el retard li sigui imputable. No elimina l'obligació de complir.

Amb caràcter general, l'article 1101 CC prescriu que el deutor morós està obligat a la indemnització de danys i perjudicis pel retard. Aquesta indemnització seguirà les regles generals relatives a la responsabilitat civil contractual³⁴.

(34) Art. 1108 CC

2) La segona possibilitat és que el fet de no complir-se en un termini concret provoqui una insatisfacció definitiva del creditor (incompliment definitiu). En aquest cas ja no és possible el compliment tardà perquè al creditor no li interessa³⁵.

(35) Art. 1101 CC

Prestació defectuosa

El deutor ha dut a terme actes amb vista al compliment, però el que s'ha fet no s'ajusta al que s'havia previst.

Els casos d'execució defectuosa de la prestació no es regulen orgànicament en el CC, només hi apareixen regulades algunes figures contractuals.

Amb caràcter general, davant d'aquesta circumstància el creditor pot rebutjar la prestació defectuosa o inexacta³⁶, exercir una pretensió de correcció de la prestació efectuada per tal que s'ajusti al que s'ha acordat³⁷, o bé demanar una indemnització per danys i perjudicis³⁸.

(36) Arts. 1157 i 1166 CC

(37) Arts. 1101, 1484 i 1490 CC

(38) Art. 1101 CC

Com a exemple de la casuística en matèria de compliment defectuós, citem la Sentència de l'Audiència de Pontevedra de 16 de desembre de 1993, el fonament de dret primer de la qual assenyala:

"[...] 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."

Sentència de l'Audiència de Pontevedra (16 de desembre de 1993)

7.1.2. Imputació de la responsabilitat

Un cop s'ha constatat la insatisfacció del creditor, cal veure a qui és imputable per a determinar les responsabilitats.

Serà imputable al deutor quan la lesió del dret de crèdit sigui deguda a culpa (negligència) o a dol³⁹, tot i que també hi ha casos de responsabilitat objectiva, és a dir, independentment de la culpa del deutor⁴⁰.

(39)Art. 1101 CC

(40)Art. 1105 CC

Per contra, no li serà imputable quan la prestació no es pugui dur a terme per causes completament alienes a la voluntat del deutor: cas fortuït, força major⁴¹ o bé per la intervenció del mateix creditor o d'un tercer aliè a la relació contractual.

(41)Art. 1105 CC

Per exemple, si el creditor de la prestació no es presenta a l'aeroport en el moment de sortir l'avió que ha d'agafar, la prestació no s'ha complert però per causes exclusivament imputables al creditor. De fet, el que ha succeït és que el creditor no ha complert la seva obligació de presentar-se el dia i l'hora indicats.

Pot succeir també que la lesió provingui del fet d'un tercer; en aquest cas, la seva responsabilitat es podrà articular mitjançant les regles de la responsabilitat civil extracontractual⁴².

(42)Art. 1902 CC

En tot cas, perquè el deutor quedi exonerat de responsabilitat és necessari que no es trobi en mora.

7.1.3. La defensa del dret de crèdit

L'ordenament jurídic proporciona un conjunt de facultats i accions al creditor per tal de reclamar la satisfacció del seu interès, en els casos en què s'ha vist insatisfet totalment o parcialment.

Davant la lesió del dret de crèdit per incompliment o compliment defectuós de la prestació, el creditor disposa d'una acció per a obtenir la condemna del deutor que compleixi el que deu i que ho faci de la manera convinguda (acció de compliment). A més, en determinats casos (obligacions recíproques) també té la possibilitat de resoldre el vincle obligatori⁴³.

(43)Art. 1124 CC

Però l'acció de compliment no esgota les mesures protectores del creditor. Tot i la condemna judicial, pot ser que el deutor no compleixi voluntàriament. El creditor té dret que se satisfaci el seu interès tal com es va pactar. Ens trobem, aleshores, davant el que s'anomena *execució forçosa* en forma específica mitjançant la intervenció de l'autoritat judicial⁴⁴.

(44) Arts. 1096 i 1098 CC, i article 699 i següents LEC

Així, per exemple, si una companyia aèria es nega a prestar el servei de transport contractat, sense cap raó, un cop exigit infructuosament el compliment de l'obligació, l'autoritat judicial pot manar que una altra companyia faci el transport a càrrec de l'incomplidor⁴⁵.

(45) Arts. 1098 CC i 706 LEC

D'entrada, el creditor ha de reclamar el compliment de l'obligació, el compliment en forma específica, sempre que sigui possible. Només quan no sigui possible, es pot exigir el compliment per equivalent⁴⁶. El compliment per equivalent és la transformació de l'obligació pactada, que no es fa, en una altra consistent a abonar una suma que representi el valor del que s'ha pactat.

(46) Sentències del TS 9.05.1968 i 24.04.1973

A més de les accions de compliment, tant en forma específica com per equivalent, el creditor perjudicat té una acció per a ser indemnitzat pels danys i perjudicis que l'incompliment li ha ocasionat (acció de rescabament). El fonament d'aquesta acció és l'article 1101 CC.

D'acord amb l'article 1106 CC, la indemnització de danys i perjudicis comprèn:

El dany emergent, que és el valor de la pèrdua que el creditor ha patit amb l'incompliment, i el lucre cessant, és a dir, els guanys que el creditor ha deixat d'obtenir com a conseqüència de l'incompliment del deutor. També s'hi inclouen els danys morals, que són indemnitzables, ja que l'article 1106 CC no els exclou.

La jurisprudència no exigeix que el dany moral sigui conseqüència necessària de l'incompliment i per a provar-lo no hi ha una prova objectiva, sinó que s'ha de provar en funció de les circumstàncies concurrents (sentències del TS de 09.12.1994, 15.02.1994, 3.06.1991, 20.06.1988 i 31.05.2000).

Per a conèixer un cas real del que és un dany moral, podem exposar el que diu la Sentència de l'Audiència Provincial de les Illes Balears (Secció 3a.) de 9 gener de 2002, en el fonament de dret tercer:

"[...] 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 de 2000 del Tribunal Supremo y de 11 de Octubre de 2000 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."

Sentència de l'Audiència Provincial de les Illes Balears (Secció 3a., de 9 gener de 2002)

Però, per a determinar el veritable abast de la indemnització, també caldrà tenir en compte la conducta del deutor i, en concret, si ha concorregut negligència o dol. En el primer cas, únicament es respondrà dels danys previsibles, mentre que en el segon cas es respon de tots els danys que es derivin de la falta de compliment⁴⁷.

⁽⁴⁷⁾Art. 1107 CC

La culpa i el dol han de ser provats pel creditor. Tanmateix, la jurisprudència (per exemple, sentències del TS 2.10.1995 i 14.11.1996) ha suavitzat aquesta exigència creant una inversió de la càrrega de la prova, de manera que entén que hi ha una presumpció de culpa del deutor d'acord amb el que disposen els articles 1183 CC i 386 LEC, i és el deutor qui ha de provar el compliment correcte o la circumstància sobrevinguda eximent (força major o cas fortuït, article 1105 CC).

7.2. Responsabilitat extracontractual

Com hem vist, la responsabilitat contractual sorgeix quan s'incompleixen unes obligacions establertes prèviament entre els subjectes d'una relació contractual.

Per contra, la responsabilitat extracontractual neix quan una persona causa un dany a una altra i aquest dany no és una vulneració d'un deure contractual, sinó del deure general de no causar danys als altres.

L'article 1902 CC estableix que qui mitjançant una acció o una omissió causa un dany a un altre, intervenint-hi culpa o negligència, està obligat a reparar el dany causat. Ara bé, el Codi civil espanyol no solament entén que hi ha responsabilitat extracontractual atribuïble a una persona quan el dany prové d'aquesta persona (la qual cosa s'anomena *responsabilitat per fets propis*), sinó que també és exigible la responsabilitat extracontractual pels fets danyosos duts a terme per les persones de les quals s'ha de respondre (com enuncia l'article 1903 CC).

Respecte als danys que pot sofrir l'usuari de serveis turístics, en alguns casos és dubtós si representen una infracció del contingut del contracte o bé del deure general de no causar danys als altres. Això succeeix, per exemple, en el cas del contracte de transport. Si en un accident d'autocar un viatger sofreix un dany, a l'hora d'exigir responsabilitats al transportista es pot considerar que hi

⁽⁴⁸⁾Art. 1902 CC i següents

ha una vulneració del deure general establert en el contracte de transport de procurar la indemnitat del viatger, o bé es pot qualificar com una vulneració del deure general de no causar danys. En el primer cas ens trobaríem davant la responsabilitat contractual, mentre que en el segon, davant l'extracontractual. Tanmateix, segons la doctrina majoritària, són aplicables les regles de la responsabilitat contractual quan el dany entra dins de l'esfera del que s'ha pactat, i s'exclouria l'aplicació de les regles que regulen la responsabilitat extracontractual⁴⁸.

En el cas dels contractes turístics, ens trobem moltes vegades que el prestador efectiu del servei no ha contractat amb l'usuari, sinó que aquest darrer ho ha fet amb un intermediari (l'agència de viatges). En la mesura que entre el prestador del servei (incomplidor) i l'usuari no hi ha vincle contractual, aquest darrer podria acudir contra el primer, basant-se en els articles 1902 CC i següents, per a reclamar els danys i perjudicis soferts. Tanmateix, aquesta solució no és la més correcta. En cas que el servei no es presti adequadament, l'usuari s'ha de dirigir contra el subjecte amb qui ha contractat, l'agència intermediària. Som, doncs, davant d'un cas de responsabilitat contractual i l'intermediari no pot eludir la seva responsabilitat al·legant que qui ha incomplert és el prestador efectiu del servei. Les clàusules per les quals l'organitzador s'exonera de responsabilitat i la descarrega sobre el prestador del servei seran nul·les, perquè són contràries a la llei. Són les agències les que responen directament davant el consumidor, tot i que posteriorment puguin reclamar contra l'efectiu incomplidor (així ho estableix expressament l'article 162.1 TRLCU).

Finalment, hi pot haver casos en què l'usuari sofreixi un dany quan gaudeix d'un servei turístic i que el dany no tingui res a veure amb el servei contractat. Per exemple, el turista està prenent el sol a la piscina de l'hotel i li cau un test a sobre des d'un balcó d'una habitació que li causa una lesió greu. En aquest cas, seríem davant un cas en què entra en joc la responsabilitat civil extracontractual⁴⁹. En aquest cas, la responsabilitat seria de l'hotel (el prestador del servei) i no de l'agència de viatges (intermediari) amb qui ha contractat l'usuari del servei.

⁽⁴⁹⁾Arts. 1902 i següents del CC

Per a entendre la responsabilitat civil extracontractual de l'article 1902 CC, s'han de conèixer els elements que hi han de concórrer per a poder-se derivar aquesta responsabilitat: acció o omissió; dany a persona o a cosa; relació de causalitat entre l'acció o omissió culpable i el dany produït, i culpa o negligència. Aquesta responsabilitat s'anomena també *responsabilitat subjectiva* perquè està basada en l'existència de culpa, de manera que el causant d'un dany només en respon quan en la seva acció hi ha la voluntat de danyar o negligència (precisament a això es refereix l'article 1902 CC, quan vincula la reparació del dany al fet que aquest s'hagi causat intervenint-hi culpa o negligència).

La Sentència de l'Audiència Provincial d'Almeria de 24 de juliol de 2002, en relació amb un establiment turístic, exposa de manera molt clara els elements exigits per a poder aplicar l'article 1902 CC, els quals l'interessat ha de provar (aquests elements hi apareixen 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 aquella fuera la causa de las lesiones sufridas por el actor.*"

Sentència de l'Audiència Provincial d'Almeria (24 de juliol de 2002)

Tanmateix, en una societat de risc com l'actual, la situació varia considerablement, ja que els individus empren per a aconseguir els seus fins mitjans sobre els quals tenen un control molt escàs o dels quals desconeixen totes les conseqüències. Aquesta situació ha propiciat un canvi de mentalitat social que posa l'accent més en la necessitat d'indemnitzar les víctimes dels danys que en la necessitat de trobar una actuació culpable en el responsable d'aquests danys. Però aquest canvi de mentalitat social no ha estat acompanyat d'una variació radical de l'ordenament jurídic, de manera que la responsabilitat objectiva sigui la regla i la responsabilitat per culpa, l'excepció.

Davant aquesta nova situació, el nostre ordenament jurídic, tal com posa en relleu De Ángel Yaguez, reacciona de dues maneres diferents i complementàries per a introduir la responsabilitat objectiva:

1) Per una banda, orienta la interpretació i l'aplicació de les normes i els principis jurídics basats en l'exigència de culpa, de tal manera que s'encaminin a atorgar la màxima protecció a les víctimes del dany.

Les conseqüències més importants d'aquesta manera d'interpretar les podem resumir, a la vegada, en dues:

a) Es fa recaure sobre el presumpte responsable del dany la càrrega de la prova que no va ser la seva negligència la que va causar el dany, invertint la càrrega de la prova tradicional, que diu que pertoca provar a qui afirma i no a qui nega, per la qual cosa la seva posició esdevé més incòmoda, ja que si no aconsegueix provar la manca de responsabilitat se'l condemnarà (mentre que amb la doctrina tradicional el que havia sofert el dany havia de provar que el responsable l'havia causat i, a més, que l'havia causat per negligència).

b) D'altra banda, se li exigeix, en el compliment de l'activitat potencialment perillosa que ha decidit de portar a terme, no pas la diligència mitjana normal sinó una diligència exquisida, en la qual pugui preveure i controlar totes i cada una de les conseqüències de la seva actuació.

Com a exemple específic, podem continuar amb la lectura dels fonaments jurídics de la Sentència de l'Audiència Provincial d'Almeria de 24 de juliol de 2002, en relació amb un establiment turístic, que exposa (en cursiva el més destacat):

"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: *de 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 de 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 se haya dado [...]"

Sentència de l'Audiència Provincial d'Almeria (24 de juliol de 2002)

2) Per altra banda, la segona manera d'introduir la responsabilitat objectiva és mitjançant noves normes dominades per la intenció de rescabalar qui sofreix el dany pel simple fet de sofrir-lo, amb independència que hi hagi hagut culpa o negligència per part del causant. Cal dir que aquesta introducció de normes no ha estat general, sinó fragmentària, i que tendeix a produir-se en els sectors de les activitats humanes que més perillositat presenten (per exemple, la navegació aèria). Es tracta, doncs, de determinar amb càrrec a quin patrimoni s'imputa el cost de la indemnització.

Per exemple, la Llei 48/1960, de 21 de juliol, de navegació aèria, estableix una responsabilitat objectiva en l'article 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".

Llei 48/1960, de 21 de juliol, de navegació aèria (article 116)

Exercicis d'autoavaluació

1. En la regulació dels contractes turístics, amb quin tipus de normes ens podem trobar?
2. Els anomenats *contractes turístics* estan regulats expressament de forma general?
3. Qualsevol subjecte que contracta un servei turístic té necessàriament la condició de consumidor emprada en el TRLCU?
4. Quan es fa publicitat d'un determinat servei turístic, la informació que consta en la promoció vincula l'organitzador del viatge que fa la publicitat en qüestió?
5. El senyor Mateu és un jubilat a qui fa molta il·lusió anar a un parc d'atraccions. Com que al seu poble no n'hi ha cap, acudeix a una agència de viatges que li proporciona un programa oferta, que inclou: el transport en autocar a un parc d'atraccions, l'entrada al parc i el dinar en un bufet lliure del parc.

Se'n va d'excursió i, quan és l'hora de dinar, ofereixen al grup una bossa de pícnic. L'empresa al·lega que els restaurants estan molt saturats i no admeten més comensals. El senyor Mateu està enfurismat, però no té més remei que menjar-se els entrepans que li ofereixen, ja que efectivament no el deixen entrar al restaurant. Quina protecció tindria davant aquest canvi?

6. És correcta l'afirmació següent?

Les clàusules que figurin en un contracte dut a terme entre una agència de viatges i un consumidor no poden ser objecte de cap control pel que fa al seu contingut. En definitiva, si s'ha subscrit el contracte, és prioritari el que les parts han pactat per sobre de qualsevol altra consideració.

7. L'agència Pèrsia Viatges, SL contracta amb l'empresa Bayerisches Reisebüro GmbH la reserva de determinades places d'hotel per a diversos grups de viatge, algunes de les quals són finalment cancel·lades per Pèrsia Viatges. L'altra empresa reclama una quantitat en concepte de despeses de cancel·lació. Segons aquesta, es van remetre a Pèrsia Viatges les CGC, en les quals, respecte a les cancel·lacions, aquella es reservava la possibilitat de cobrar despeses de cancel·lació pels serveis. L'agència Pèrsia Viatges, malgrat les CGC, considera que no és usual en aquests contractes cobrar despeses de cancel·lació.

Quina empresa té raó?

8. L'Anna contracta un viatge en una agència de viatges de Maó. Signa el contracte i en el revers del contracte, sense cap signatura, hi ha una llista de clàusules generals que descriuen quines són les condicions del seu contracte.

Una de les clàusules diu:

"Per al compliment i interpretació d'aquest document, les parts se sotmeten als tribunals de Barcelona, amb renúncia expressa al fur que per qualsevol causa a les parts pogués correspondre-li."

Responen:

- a) Supera aquesta clàusula el control d'incorporació de les CGC?
- b) Supera el control de contingut de les CGC?

9. Quan s'entén perfectament un contracte de compravenda d'un bitllet d'avió formalitzat mitjançant la pàgina web del transportista?

10. Responsabilitat extracontractual. Responen:

- a) Quins són els tres elements que ha de provar la persona perjudicada per l'actuació o omissió negligent de l'altre?
- b) Quines dues variables canvien quan apliquem la teoria de la culpa objectivada?

11. Quina és la definició de dany moral?

12. Llegiu la Sentència següent de l'Audiència Provincial de les Illes Balears (Secció 3a.) de 9 de gener de 2002, i responen:

- a) Els demandants fonamentaven dues de les seves peticions en l'article 1902 CC, però el Tribunal considera que aquest article no és aplicable en una de les peticions que fan i en l'altra sí. A quina no és aplicable i per què?
- b) En aquesta petició en què el Tribunal diu que no és aplicable l'article 1902 Cc, per què creu que els demandants el van utilitzar?
- c) Quina petició té de manera correcta per base l'article 1902 Cc? Per què?

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 116-2º, 118-3º, 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 118-3º 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 de 2000, y sin que contra ello pueda oponerse a su vez lo resuelto en la de 11 de octubre de 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 total precio 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 de 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 de 2000 del Tribunal Supremo y de 11 de octubre de 2000 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 num. 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 a 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.

Sentència de l'Audiència Provincial de les Illes Balears (Secció 3a., de 9 de gener de 2002)

Solucionari

1. Ens podem trobar amb preceptes normatius que figuren en convenis internacionals, amb normes de caràcter comunitari, amb normativa estatal i també autonòmica. Així mateix les parts, partint del principi d'autonomia de la voluntat, també podran establir els pactes que considerin convenients dins els límits que estableix l'article 1255 CC, és a dir, que no siguin contraris a les lleis, la moral o l'ordre públic.

2. No hi ha una normativa o cos legal independent que, amb caràcter general, reguli els anomenats *contractes turístics*. Aquesta categoria és creada pels autors per a analitzar uns contractes que tenen uns trets més o menys comuns, com ara el fet que es duen a terme per a satisfer una necessitat principalment d'esbarjo i que les prestacions que se'n deriven es compleixen normalment fora del lloc de residència habitual de l'usuari.

Cal remarcar que, si bé molts contractes turístics o que es fan habitualment en el sector turístic són atípics, no estan expressament regulats pel legislador (per exemple, el contracte de reserva de places en règim de contingent). No obstant això, també hi ha lleis determinades que regulen figures contractuals concretes de caràcter turístic: TRLCU i LDAT.

3. Depèn, ja que segons els termes emprats pel TRLCU usuari d'un servei turístic i consumidor poden coincidir o no. El TRLCU utilitza un terme més ampli de consumidor basat en l'actuació en un àmbit allè a una activitat empresarial o professional (article 3 TRLCU).

4. Sí. Si es tracta d'un viatge que queda dins de l'àmbit d'aplicació de la regulació dels VC, la publicitat vincula sobre la base del que estableix l'article 153 TRLCU.

Si no es tracta d'un viatge combinat, però el subjecte que contracta té la consideració de consumidor *ex* article 3 TRLCU, també és vinculant la publicitat d'acord amb el que estableix l'article 61 TRLCU.

5. Cal remarcar que no és aplicable la regulació de VC (contrasteu el supòsit de fet amb l'article 151.1.a TRLCU). En canvi, sí que seria aplicable el TRLCU i, en concret, l'article 61 que estableix la regla de la integració de la publicitat en el contracte. Per tant, l'oferta feta vincula l'agència de viatges, s'integra dins el contracte subscrit entre el senyor Mateu i l'agència. S'ha produït, doncs, un incompliment contractual i podria reclamar per aquest motiu (article 1101 CC). L'agència de viatges podria al·legar que no tenien cap alternativa (i que l'incompliment no els era imputable). S'hauria d'analitzar fins a quin punt efectivament era impossible complir, per a determinar si l'incompliment és o no imputable a l'agència de viatges. No sembla que fos realment impossible complir, ja que s'hauria pogut portar els integrants del grup a dinar en un restaurant de fora del parc. Si efectivament l'incompliment és imputable a l'agència, el senyor Mateu podria reclamar com a indemnització una devolució parcial del que va pagar.

6. Això no és cert. Tot i que l'article 1255 CC estableix que les parts poden establir els pactes, les clàusules i les condicions que considerin convenients (amb els límits previstos en el mateix precepte), en molts casos el consentiment manifestat no correspon a una veritable negociació del contingut del contracte. Per aquesta raó, les estipulacions que no hagin estat negociades individualment estan subjectes a un control més estricte. Si aquestes clàusules imposades en definitiva de forma unilateral causen un desequilibri important dels drets i les obligacions de les parts, es consideren abusives i són nul·les de ple dret (article 83 TRLCU).

7. Aquest cas fa referència a una contractació *business to business*, de manera que les dues parts són professionals. En aquestes relacions contractuals, la LCGC (article 2) també és aplicable. Per altra banda, la regulació de les CGC que figura en el TRLCU no ho és.

En aquest cas, s'ha produït un compliment dels requisits del control d'incorporació de la LCGC (article 5), ja que les CGC han estat facilitades (remeses a l'adherent). Fins i tot, tractant-se de professionals, es diu que les CGC que no es recullen en el document contractual són oposables si, per raó de l'ofici o la professió, s'haurien de conèixer, i sempre que hi hagi, en el document principal, una clàusula de remissió expressa als documents annexos. Per tant, no cal que hi hagi enviament o entrega de les condicions, n'hi ha prou de fer una referència indicant on es troben les CGC.

Malgrat haver superar aquest primer control (el d'incorporació), s'ha de veure si el contingut de les CGC supera el segon control o si, per contra, és nul perquè és contrari a alguna norma. En aquest cas, no s'hi aplica la noció de clàusula abusiva, ni la llista del TRLCU. Per tant, per a valorar la validesa del contingut (del cobrament de despeses per cancel·lació), ens hem de remetre a les normes que regulen aquest tipus de contracte. No hi ha cap norma que faci referència a aquesta qüestió i, per tant, no és un contingut nul pel fet de ser contrari a la llei. Però potser ho és perquè és contrari a un ús del comerç imperant en el sector en concret (com al·lega l'agència Pèrsia Viatges). L'ús normatiu és font del dret mercantil, si hi manca la llei, i així ho declara l'article 2 Cco. Per tant, la qüestió està en el fet que l'agència Pèrsia

Viatges pugui provar que el no-cobrament de despeses per cancel·lació és l'ús habitual. En cas contrari, el contingut és perfectament vàlid perquè està emparat per la llibertat contractual reconeguda en l'article 1255 CC.

8.

a) De la redacció de l'article 5 LCGC s'entén que el predisponent ha de lliurar a l'adherent, de manera efectiva, un exemplar de les CGC que vol que s'incorporin en el contracte. Mentre que el TRLCU parla del fet que es facilitin les CGC prèviament o simultàniament a la conclusió del contracte. Per a considerar que les CGC s'han incorporat al contracte en particular, la LCGC exigeix, a més de l'acceptació de l'adherent, la signatura del contracte. La signatura s'exigeix únicament en els contractes subscrits amb CGC per escrit.

L'Anna és un consumidora i hem de valorar si les CGC li han estat facilitades.

Les CGC, per a quedar incorporades en un contracte subscrit per escrit, han d'estar situades a sobre de la signatura de l'adherent. Si no és així, entenent doncs que es troben sota la signatura de l'adherent o en el revers del document, és necessària la referència expressa a l'existència de CGC en l'antesignatura. S'admet la *incorporació per referència*, sempre que la dita incorporació garanteixi que l'adherent sàpiga o pugui saber, quan manifesta el seu consentiment contractual, que el contracte es regeix per CGC i quines són les dites condicions.

Podem concloure que si en el contracte signat, a sobre de la signatura, hi ha una referència al fet que les CGC figuren en el revers, aquestes s'hauran incorporat al contracte. En cas contrari, no s'hi hauran incorporat.

b) Amb relació al contingut de la CGC, s'ha d'afirmar que és abusiu perquè és desproporcionadament perjudicial per al consumidor, ja que, segons la jurisprudència reiterada, la finalitat d'aquestes clàusules és suprimir o obstaculitzar l'exercici d'accions judicials per part del consumidor.

Aquest caràcter abusiu es confirma pel fet que coincideix amb una de les clàusules declarades abusives en tot cas, quan es contracta amb un consumidor: article 90 TRLCU.

Per tant, aquesta clàusula és abusiva i es pot declarar judicialment nul·la (articles 8, 9 i 10 LCGC).

9. Som davant un contracte formalitzat mitjançant dispositius automàtics (cal fer un clic en l'enllaç indicat per a comprar el producte) i, per tant, segons el que disposa l'article 1262 CC, el contracte es perfà des que es manifesta l'acceptació (des que es fa clic en l'enllaç), entenent que aquesta regla equival a la teoria de l'expedició.

10. Trobem les dues respostes en la Sentència de l'Audiència Provincial d'Almeria de 24 de juliol de 2002, que hem vist en el mòdul.

a) Els tres elements que ha de provar la persona perjudicada per l'actuació o omissió negligent de l'altre són: 1) el dany sofert; 2) la negligència en la conducta activa o omissió del presumpte responsable, i 3) la relació de causa-efecte entre la conducta o omissió del presumpte responsable i el dany sofert.

b) Les dues variables que canvien quan apliquem la teoria de la culpa objectivada són: 1) la càrrega de la prova, ja que a la culpa objectivada es presumeix la culpa del presumpte responsable. No és la víctima qui ha de provar la negligència d'aquest, sinó que el presumpte culpable ha de desvirtuar la presumpció; 2) l'agreujament de la diligència exigida, ja que, perquè el presumpte responsable pugui desvirtuar la presumpció de culpa, ha de provar que va adoptar totes les mesures necessàries i va actuar amb la màxima diligència.

11. Aquest concepte l'ha elaborat la jurisprudència.

Per exemple, la Sentència del TS de 31 de maig de 2000 diu que, en el concepte de danys morals "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 l'article 1902 CC no és aplicable a la petició de reemborsament per les despeses realitzades en la compra de productes necessaris pels dies de retard en l'entrega de l'equipatge, pel fet que hi ha una norma més específica aplicable al cas: els articles 116.2, 118.3, 120 i 121 LNA.

b) En aquesta petició, els demandants van utilitzar l'article 1902 CC, perquè per la via de l'article 1902 CC no hi ha cap màxim legal en la quantitat indemnitzatòria, mentre que en

els articles aplicables de la LNA s'observa que hi ha una responsabilitat per una quantitat màxima, en matèria d'indemnització per retard en l'entrega de l'equipatge, excepte que la víctima provi que el retard és per culpa greu o dol del transportista (article 118.3 LNA), cosa que no es va provar.

c) La petició que té de manera correcta per base l'article 1902 Cc és la reclamació de danys i perjudicis soferts pel retard, entenent que dins la indemnització s'inclouen els danys morals per no haver pogut gaudir del viatge a causa de les molèsties provocades pel retard en l'entrega de l'equipatge. És aplicable l'article 1902 CC a una petició de responsabilitat extracontractual per dany moral, perquè aquests danys no estan reconeguts en cap precepte més específic (cfr. articles 116 i 117 LNA) i és un dany que la jurisprudència ha definit i ha considerat indemnitzable, ja que el CC no l'exclou.

Bibliografía

Bibliografía general

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*. València: Tirant lo Blanc.

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

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

Bibliografía complementària

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

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

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

García Rubio, M. P. (2001, 17 de gener). "Las condiciones generales en la contratación electrónica". *La Ley* (núm. 5227).

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". A: *Actas del XV Encuentro sobre Informática y Derecho*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

Llodrà Grimalt, F. (2002). *El contrato celebrado bajo condiciones generales*. València: 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, pàg. 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* (2a. ed.). Pamplona: Aranzadi.

Paniza Fullana, A. (1998). "Derechos de autor, entidades de gestión y establecimientos de de hostelería". *Aranzadi Civil* (núm. 3, pàg. 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". A: Diversos autors. *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo* (pàg. 267-271).

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

Tur Faúndez, M. N. (1996, juliol). "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, pàg. 36-60)