



Los contratos de reserva de plazas de alojamiento hotelero en régimen de contingente: su naturaleza y clausulado típico

Anselmo Martínez Cañellas

*Profesor titular de Derecho Mercantil.
Universidad de las Islas Baleares*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Extracto

El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente es un contrato entre una agencia de viajes y un hotelero por el cual el hotelero pone a disposición de la agencia de viajes un número acordado de plazas hoteleras (contingente) durante un periodo de tiempo determinado. La agencia de viajes se obliga a comercializar las plazas en el mercado, incluyéndolas en sus viajes combinados. Una vez que se hayan contratado los viajes combinados, el operador turístico entregará las listas de alojamiento (*rooming lists*) al hotelero, pagando por las plazas finalmente ocupadas, hasta que llegue la fecha acordada de liberación (*release*). A partir de ese momento, el resto de las habitaciones estarán nuevamente a disposición del hotelero. En este artículo, analizamos las obligaciones de las partes teniendo en cuenta: la relación de estos acuerdos con los viajes combinados, su analogía con el contrato de agencia, sus cláusulas habituales y cómo la jurisprudencia española ha abordado los incumplimientos de estos contratos.

Palabras clave: contingente; reserva; hotel; agencia de viajes; viaje combinado.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Martínez Cañellas, A. (2019). Los contratos de reserva de plazas de alojamiento hotelero en régimen de contingente: su naturaleza y clausulado típico. *Revista CEFLegal*, 227, 39-86.





Hotel allotment agreements: their nature and most common clauses

Anselmo Martínez Cañellas

Abstract

The hotel allotment agreement is a contract between a tour operator and a hotel by which the hotel puts an agreed number of rooms (allotment) at tour operator's disposal for a certain period of time. The tour operator obliges himself to market de rooms in the market, including them in its travel packages. Once the travel packages have been contracted, the tour operator will deliver rooming lists to the hotel, paying for the rooms finally occupied, until the agreed date of release arrives. Then, the rest of the rooms will be at a disposal of the hotel again. In this article, we analyze the obligations of the parties taking consideration: the relationship of this agreements with the travel package contracts, their analogy with contract of agency, their usual clauses and how Spanish case law has addressed the breaches of these contracts.

Keywords: allotment; reservation; hotel; tour operator; travel package.

Citation: Martínez Cañellas, A. (2019). Los contratos de reserva de plazas de alojamiento hotelero en régimen de contingente: su naturaleza y clausulado típico. *Revista CEFLegal*, 227, 39-86.





Sumario

1. Introducción
 2. Funcionamiento descriptivo
 3. Concepto
 4. Función económica
 5. Naturaleza jurídica
 6. Marco jurídico
 7. Partes del contrato
 - 7.1. Agencias de viajes
 - 7.2. Titular del establecimiento de alojamiento (hotelero)
 - 7.3. El viajero (turista) carece de acción directa contra el hotelero
 8. Obligaciones de las partes
 - 8.1. Obligaciones de las agencias de viajes
 - 8.2. Obligaciones del titular del establecimiento de alojamiento
 9. Incumplimiento del contrato
 - 9.1. Incumplimientos de la agencia de viajes
 - 9.2. Incumplimientos del titular del alojamiento
 10. Duración del contrato
 11. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente es uno de los principales contratos de distribución hotelera de sus plazas de alojamiento¹, y el principal contrato que las agencias de viajes utilizan para tener la disponibilidad de plazas hoteleras que integrarán en sus contratos de viaje combinado.

El concepto de viaje combinado ha sido recientemente revisado y ampliado por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, que ha traspuesto la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. Como consecuencia, ha modificado la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRDCU). Normativa que, dada la directa relación económica entre el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente y el contrato de viaje combinado, ambos eslabones imprescindibles de la distribución de las plazas hoteleras, deberemos tener en cuenta al analizar el contrato

¹ Los principales canales de distribución de las plazas hoteleras en 2018 en España fueron los siguientes: la contratación directa (principalmente *online*, mediante la propia página web, o mediante metabuscadores), los sistemas globales de distribución (GDS) o centrales de reservas (que legalmente no pueden organizar viajes combinados), la contratación mediante agencias de viajes en sentido tradicional (tanto mayoristas u organizadoras, como Hotelbeds, o directamente agencias minoristas o detallistas), la contratación con OTA (*on line travel agencies*, en especial Booking.com y Expedia, que son los dos principales distribuidores de plazas hoteleras de todo el mundo). *Hosteltur* (9 de febrero de 2018). ¿Cuáles son los 15 canales que generan el 87 % de los ingresos para los hoteles? Recuperado de <www.hosteltur.es>. La contratación directa y la contratación mediante centrales de reserva se organiza mediante contratos de reserva de plaza hotelera. La contratación mediante agencias de viajes (incluidas las OTA) puede implicar una mera intermediación, pero la gran mayoría de contratos suponen la previa realización de contratos de reserva de plazas hoteleras en régimen de contingente.

de reserva de contingente, aunque la nueva normativa de viajes combinados y vinculados no se refieran expresamente al mismo.

Concretamente, el nuevo artículo 151 del TRDCU redefine el contrato de viaje combinado de manera acorde con las nuevas tendencias de contratación de viajes por parte de los turistas, que ahora pasan a llamarse viajeros (término más amplio que turista), y que realizan sus contrataciones a través de internet, con la intención de ampliar la protección que esta normativa les ofrece a estas nuevas formas de contratación.

Según su punto b), «Viaje combinado» es la:

combinación de, al menos, dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios:

1.º son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un único contrato por la totalidad de los servicios, o

2.º con independencia de la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje, esos servicios:

i) son contratados en un único punto de venta y seleccionados antes de que el viajero acepte pagar,

ii) son ofrecidos, vendidos o facturados a un precio a tanto alzado o global,

iii) son anunciados o vendidos como «viaje combinado» o bajo una denominación similar,

iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje, o

v) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios con quienes se celebra otro contrato, a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

Los servicios de viaje a los que se refiere el artículo 151 b) son los descritos en el 151 a): 1.º El transporte de pasajeros, 2.º El alojamiento cuando no sea parte integrante del transporte de pasajeros y no tenga un fin residencial, 3.º El alquiler de turismos [...], y 4.º Cualquier otro servicio turístico que no forme parte integrante de un servicio de viaje de los definidos en los tres apartados anteriores.

Esta definición permite discernir la relevancia del elemento de alojamiento en la formación de los viajes combinado, como uno de los servicios especificados como esenciales para configurar los contratos de viajes combinados. Es más, se trata de un servicio especialmente relevante, pues se permite la aplicación de la normativa incluso en el caso de que el viaje combinado sea inferior a 24 horas si uno de los servicios es el de alojamiento (art. 150.2 TRDCU).

Por otra parte, la nueva normativa define otro tipo de viajes, los viajes vinculados, cuyos usuarios tendrán una protección menor que las de los viajes combinados, que, según el artículo 151 e) del TRDCU son:

Al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje adquiridos con objeto del mismo viaje o vacación, que, sin constituir un viaje combinado, den lugar a la celebración de contratos distintos con cada uno de los prestadores individuales de servicios de viaje, si un empresario facilita:

- 1.º con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta, la selección y el pago separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros, o
- 2.º de manera específica, la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro empresario, siempre que tenga lugar a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

Como se observa, en la definición de los contratos de viajes combinados y vinculados se hace referencia a la combinación de servicios de alojamiento y otros, agrupados por un empresario o por varios. Concepto de empresario que define el artículo 151.2 del TRDCU como aquel que atiende a los viajeros de manera presencial o en línea, tanto si actúa como organizador, minorista, empresario que facilita servicios de viaje vinculados o como prestador de servicios de viaje. Por ello, entendemos que el empresario hotelero puede estar sometido a lo dispuesto en el TRDCU, como prestador de servicios de viaje, tal y como los define el artículo 151.1 a), si atiende a los viajeros de manera presencial o en línea, se realice la reserva mediante procesos de reserva conectados o no. Este posible sometimiento tiene trascendencia en la discusión de la naturaleza del contrato de reserva de plazas en régimen de contingente, como luego veremos.

La contratación en masa de los viajes combinados y vinculados obliga a la agencia de viajes mayorista, organizadora, a disponer de alojamiento para la masa de viajeros con la que va a contratar la agencia minorista. La forma económicamente más eficiente de conseguirlo es mediante el contrato de reserva de plazas en régimen de contingente que, por una parte, le asegura la disponibilidad de esas plazas sin necesidad de arrendarlas, permitiéndole la venta en masa de los paquetes turísticos a un precio más económico, reduciendo sus riesgos en caso de que la demanda de los mismos sea menor a la esperada y, por otro lado, permite al hotelero una mayor ocupación.

2. Funcionamiento descriptivo

Para poder definir el contrato de reserva hotelera en régimen de contingente, debemos entender su funcionamiento, para lo cual es necesario hacer referencia al contrato de viaje combinado celebrado entre la agencia de viajes y el viajero.

El viajero que pretende disfrutar de unas vacaciones, contrata los servicios que se le van a prestar (principalmente transporte, alojamiento y servicios complementarios, como excursiones), bien directamente con los prestadores de los mismos, o bien encuadrados dentro de un paquete organizado por una agencia de viajes.

En este último supuesto, el contrato, denominado de viaje combinado, supone una relación entre el viajero y la agencia de viajes en el que esta se obligará a la consecución de un resultado consistente, normalmente, en que el turista pueda disfrutar de un alojamiento en el establecimiento que se haya anunciado en el folleto publicitario del paquete turístico (además de los transportes para llegar al mismo y retornar a su lugar de origen).

Como la pretensión de la agencia de viajes es vender en masa el viaje combinado, le interesa, previamente a la venta de dichos paquetes, tener a su disposición un amplio número de plazas de alojamiento. El alquiler o la propiedad de las mismas le supondría un alto coste, además de un alto riesgo en caso de falta de demanda del paquete. Como solución para reducir el riesgo de la agencia, el contrato de reserva de plazas en régimen de contingente le permitirá reservar, sin adquirir en firme, las plazas que va a incluir en sus paquetes y poderlas comercializar.

El contrato puede formalizarse en un solo acto², pero es más frecuente que se realice a distancia, por intercambio de órdenes enviadas por correos electrónicos, o por teléfono, sobre todo en supuestos de renovación de contratos anteriores firmados entre las partes. Conforme a este sistema de formación del contrato, la agencia de viajes enviará al titular de las plazas de alojamiento una oferta de compromiso de reserva de un determinado número de plazas de las que este no podrá disponer hasta que se cumpla un plazo, pero además señalará determinadas condiciones de calidad de las mismas y de prestación de servicios complementarios, que son los que tiene previsto ofrecer a sus futuros clientes, proponiendo al hotelero un precio por el compromiso de reserva de las plazas³. A cambio, la agencia se

² En cuyo caso es habitual la cláusula en la que se establece que el contrato entrará en vigor en el momento en que ambas partes lo hayan firmado.

³ Todo ello, por escrito en un documento en el que se incorporan unas condiciones generales de contratación impuestas por la agencia de viajes. En la mayor parte de contratos estudiados se exige la forma escrita, expresando la autointegración en algunos de ellos, seguramente por la influencia del principio de la *parol evidence rule* y las *merger clauses* propias del derecho anglosajón. Se observa que es frecuente que las cláusulas contractuales no redactadas en inglés sean traducciones más o menos literales de este idioma, lo que genera problemas interpretativos. Por otra parte, prácticamente en todos los contra-

compromete, sin garantizar el resultado, a comercializar las plazas de alojamiento reservadas, bien directamente, bien por medio de agencias detallistas y, en caso de que se pacte, a pagar una prima como compensación al compromiso de reserva.

El titular del establecimiento de alojamiento responderá mediante la confirmación o no de tales condiciones. La confirmación por parte de la agencia, realizada de forma inmediata o, en su defecto, en el plazo fijado por el titular del establecimiento, perfeccionará el contrato⁴.

Se inicia entonces la ejecución del contrato en dos fases: la primera fase implica la no comercialización de las plazas reservadas por parte del empresario titular del establecimiento y el cumplimiento de la obligación de comercialización de las plazas por parte de la agencia, que además suele complementarse con la obligación por parte de la agencia de informar al empresario del establecimiento de la evolución de las ventas realizadas⁵.

La segunda fase de la ejecución del contrato se debe producir antes de que se cumpla el periodo de tiempo pactado, denominado periodo de *release*, que suele oscilar entre los 3 días en temporada baja y los 21 días en temporada alta antes de la llegada de los clientes⁶. En esta fase, la agencia de viajes concretará el número de plazas que reserva en firme (número igual o inferior al número total de plazas de alojamiento con compromiso no firme inicialmente contratadas), indicando el número de días que quedarán reservadas. Para ello, enviará al titular de las plazas de alojamiento, en una o varias ocasiones (lo normal es que lo haga sucesivamente, a medida que sus clientes van contratando los viajes combinados), la lista de plazas que va a ocupar, denominada *rooming list*.

Remitida la lista en tiempo y forma, la agencia queda obligada al pago de las plazas hoteleras finalmente comprometidas, al precio y en las condiciones pactadas, y el titular del establecimiento queda obligado a la prestación del servicio de alojamiento en la habitación y los demás suplementarios que se hubieren pactado en el contrato de contingente.

tos analizados para la redacción de este artículo se exige que cualquier modificación contractual deberá realizarse de mutuo acuerdo y por escrito, aunque manteniendo en vigor cuanto no quede alterado.

⁴ Aunque tal es la práctica en este tipo de contratos, y lo pactado expresamente (o tácitamente) en todos los casos, desde un punto de vista estrictamente legal debería considerarse que es la aceptación del hotelero la que determina la perfección del contrato, siempre que no altere las condiciones propuestas por la agencia de viajes, lo que no suele ser habitual.

⁵ Información que muchas veces no se presta diligentemente por parte de las agencias, que consiguen así una imagen de escasez de demanda de los viajes combinados y que les permite la renegociación a la baja del precio de los contratos.

⁶ De los contratos analizados se observa que, en temporada alta, en especial en el mes de agosto, se tiende a reducir el plazo a tres días, mientras que, en temporada baja, se amplía a 14 días, lo que tiene sentido, puesto que en temporada baja el hotelero necesitará de un periodo mayor para procurar la ocupación de la plaza que la agencia ha liberado de la reserva. No obstante, son plazos que suelen pactarse en cada contrato, según destino turístico y temporada. Algún autor señaló que lo habitual es una semana (Rodés, 1993, p. 1.029).

Las plazas hoteleras que no se hayan incluido en la lista de plazas (*rooming list*), una vez vencido el periodo de preaviso (*release*), serán libremente disponibles por el titular del establecimiento. Por otra parte, el titular del establecimiento también podrá disponer de las plazas reservadas en firme pero que no hayan sido finalmente ocupadas.

3. Concepto

Son diversas las denominaciones del contrato objeto de este estudio. Se ha llamado contrato hotelero⁷, acuerdo de colaboración hotelera⁸, contrato de cupo de hotel, contrato de cupo de habitaciones, etc. Aunque la denominación más frecuente dada por la jurisprudencia y por la escasa normativa referente al mismo es la de contrato de reserva de plazas en régimen de contingente.

El contrato de reserva de plazas en régimen de contingente es aquel que se celebra entre una agencia de viajes (normalmente organizadora del viaje combinado, aunque puede ser una agencia de viajes intermediaria, que se dedique a adquirir compromisos de reserva para su cesión posterior a una agencia de viajes organizadora) y una empresa de alojamiento, poniendo esta a disposición de aquella durante un determinado periodo de tiempo –que suele coincidir con la temporada turística– y en las condiciones fijadas en el contrato un número determinado de plazas o unidades de alojamiento –el denominado cupo o contingente que da nombre al contrato– para su ocupación por los clientes de la agencia generalmente de forma sucesiva. La agencia, por su parte, se compromete a comercializar las plazas del cupo (Alcover Garau, 1998, p. 627). La jurisprudencia considera como elementos esenciales para calificar un contrato como de reserva de contingente⁹ que el pago de precio dependa de la efectiva ocupación de las plazas reservadas, que la ocupación de las plazas se haga depender de la entrega de la *rooming list* por parte de la Agencia¹⁰ y que se pacte un plazo de *release*¹¹.

⁷ Código de Prácticas, relativo a las relaciones hoteles/Agencias de viajes elaborado conjuntamente por la Asociación Internacional de Hotelería y la Federación Universal de Asociaciones de Agencias de viajes. Recuperado de <<http://www.tecsima.com.ar>> (en español) y <<http://www.hah.hu>> (en francés).

⁸ SAP de Baleares 578/1999, de 12 de julio (*Aranzadi Civil* 1999\7885).

⁹ SAP de Baleares 502/1997, de 10 de julio (*Aranzadi Civil* 1997\1546) y SAP de Baleares 739/1998, de 14 de septiembre (*Actualidad Civil*, marginal 635, de 1999-1, p. 308 de Audiencias).

¹⁰ SAP de Baleares 578/1999, de 12 de julio (*Aranzadi Civil* 1999\7885) considera, *obiter dicta*, que si en un contrato de reserva de contingente no se ha pactado expresamente nada sobre la remisión de la *rooming list*, se entiende que tal cláusula se hallaba implícita por ser conforme a la naturaleza del contrato, a la buena fe y al uso de la industria hotelera ex artículo 1.258 del Código Civil.

¹¹ Lo normal es que en un mismo contrato se establezca diversos plazos de *release* según los días en los que se pretenda hacer la reserva, variando los días según la época y pudiendo pactarse que, en determinadas ocasiones, sea de cero días. En estos supuestos, la agencia tendrá la obligación de pagar solamente en caso de que haga las reservas enviando la lista de habitaciones, pero una vez enviada

Dentro de una posible clasificación de los contratos turísticos podríamos incluirlo entre los contratos turísticos interempresariales, que vinculan entre sí a las empresas turísticas y tienen por finalidad coordinar a las empresas para estructurar en las mejores condiciones posibles la oferta de contratos turísticos de consumo y, en especial, la oferta de viajes combinados (Alcover Garau, 1998, p. 626), encuadrables estos últimos entre los contratos turísticos de consumo, en los que aparece el turista como destinatario final de la prestación de servicios turísticos.

4. Función económica

Lo que se persigue con este contrato es un alto índice de ocupación hotelera. La ocupación hotelera se consigue bien mediante contratos de hospedaje individual o por grupos, bien mediante contratos de reserva de cupos por parte de la agencia de viajes que, a cambio, consiguen precios reducidos y un contingente de habitaciones disponibles que podrán, y deberán, comercializar al por menor a través de agencias minoristas o bien directamente.

En este contrato la agencia de viajes soporta el riesgo derivado de la infraestructura de ventas de las plazas (tales como estudios de marketing, contratos con las agencias minoristas, redacción de folletos publicitarios, etc.), de transporte hasta el establecimiento de alojamiento y de retorno (que se incluye en el viaje combinado que vende a los turistas y que le obliga a celebrar con contratos con las empresas transportistas tales como el de flete de aviones, o contratos de reserva de asientos en régimen de contingente con compañías aéreas, en vuelos comerciales ordinarios¹², que deben coordinarse en el espacio y

se obliga al pago de las mismas aunque no hayan sido ocupadas por otros clientes. En este sentido la STS 698/1999, de 1 de septiembre (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1999\6931). Según el Alto Tribunal, de la lectura del contrato de reserva de plazas cuyo pago se exigía, se desprende que bastaría con que la agencia hubiera hecho la reserva de las plazas hoteleras para que contrajera la obligación de abonarlas, con independencia de su ocupación real, ya que «sostener la tesis contraria supondría un sensible quebranto económico a la empresa hotelera, imposibilitada de disponer de tales plazas reservadas, con destino a otros clientes posibles, correspondiendo el control de la ocupación de las habitaciones a ambas partes conjuntamente según los contratos». Afirma, asimismo, que incumbe a la agencia probar cuáles de las habitaciones reservadas fueron ocupadas por otras personas, dado que se trata de un hecho modificativo y extintivo de la obligación de pago de las plazas reservadas.

¹² Estos contratos de reserva de asientos entre agencias de viajes y compañías aéreas son iguales en estructura y naturaleza jurídica a los contratos analizados en este artículo. Con todo, al afectar en masa al transporte aéreo, por motivos de seguridad nacional, en algunos países se exige tanto a las compañías aéreas como a las agencias de viajes la obtención de un certificado previo del número de plazas que se pretenden comercializar, con pago de una tasa con la que crear un fondo que garantice también los asientos en vuelos de retorno. Así, en el Reino Unido, la Civil Aviation Authority (CAA) implementó, a partir del año 1973, un fondo de garantía de retorno en caso de la insolvencia de las agencias de viaje que comercializaban viajes combinados, que implica que solo podrán comercializar transporte aéreo aquellas que hayan obtenido una licencia previa de la CAA, la licencia ATOL (*Air travel organisers' licence*), regulada por Civil Aviation ATOL (*Air travel organisers' licensing regulations*), cuya última

en el tiempo con la ocupación de la plaza hotelera), y de falta de ocupación efectiva de las plazas contratadas en firme. Aunque por otra parte conseguirá un mejor precio en las plazas que finalmente se confirmen.

Por otra parte, el hotelero soportará el riesgo de que no se ocupen las habitaciones reservadas pero no confirmadas, con la pérdida añadida de los ingresos que se habrían derivado del consumo de sus servicios complementarios, disponiendo de poco tiempo para encontrar otra agencia de viajes con la que contratar, para poder ocupar las plazas en el caso de que aquella agencia de viajes no comprometa las plazas antes del periodo de *release*¹³.

En muchas ocasiones es un contrato de adhesión, en el que el adherido es el empresario hotelero, dado que la oferta hotelera se encuentra dividida, mientras que la demanda de plazas hoteleras en destinos turísticos españoles se ha concentrado en manos de unas pocas agencias de viajes mayoristas (Booking.com, Expedia, Hotelbeds, Tui Group, Thomas Cook, First Choice), ante las cuales los empresarios hoteleros no tienen capacidad negociadora¹⁴, con lo que las agencias de viajes han impuesto una serie de condiciones que, repetidas, han acabado por configurar un contrato socialmente típico (Alcover Garau, 1998, p. 629)¹⁵. Con todo, la aparición de agencias de viajes de pequeñas y medianas dimensiones, la liberalización del sector en algunos países y comunidades autónomas, y el creciente proceso de concentración hotelera, dado el incremento de contratos de franquicia y, sobre todo, de arrendamiento y de gestión hotelera, que concentra la oferta en cadenas hoteleras cada vez mayores, ha permitido que se vayan introduciendo cláusulas favorables a los hoteleros (cuando estos son cadenas hoteleras). Cláusulas como las de garantía de ocupación mínima¹⁶,

modificación fue de 2018, de adaptación a la Directiva (UE) 2015/2302, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados. La obtención de la licencia implica que han implementado un sistema que permite que parte del precio del paquete turístico se ingrese en el fondo de garantía.

¹³ Este riesgo lo suelen reducir contratando el mismo cupo con varias agencias. Comportamiento que puede dar lugar a situaciones de sobreocupación (*overbooking*), de las cuales la agencia deberá responder frente a los turistas, pero que podrá repetir contra el hotelero. A tal efecto, es frecuente la inclusión de cláusulas contractuales en el contrato de contingente que prevean esta situación obligando al hotelero a correr con los gastos de alojamiento del turista que se ha quedado sin habitación en otro hotel de similares características. Por otra parte, el hotelero que comete sobreocupación será responsable de una infracción administrativa grave conforme a las leyes turísticas autonómicas (por ejemplo, art. 105.n Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears).

¹⁴ Insiste en la fuerte posición económica que han presentado las agencias de viajes y su control sobre la actividad de comercialización Gil Conde (2006, p. 1.239).

¹⁵ No obstante, no siempre este contrato ha sido legalmente atípico: en el primer párrafo del apartado c) del artículo 58 de la OM de 9 agosto 1974, dictada en desarrollo del Decreto 1524/1973, de 7 junio, que regulaba las actividades propias de las agencias de viajes, se establecía que «son contratos en régimen de contingente los que fijan o reservan cupos de habitaciones y servicios para periodos determinados de tiempo».

¹⁶ Algún autor alega que la proliferación de agencias de viajes *online* supondrá una mayor negociación con la empresa hotelera que repercutirá en el establecimiento de unas condiciones, en ocasiones gravosas

o como las que otorgan al hotelero la *facultad de reducción del contingente* puesto a disposición de la agencia, generalmente con un determinado plazo de preaviso para su efectividad, lo que permitirá al hotelero modificar, durante la vigencia del contrato, el contingente inicialmente reservado a favor de la agencia en función de la ocupación efectiva conseguida durante los primeros meses de la relación contractual, a fin de disminuir el riesgo de falta de ocupación de las plazas reservadas, y los perjuicios que de ello se derivan para el hotelero (Martínez Nadal, 2012)¹⁷.

5. Naturaleza jurídica

La calificación del contrato es esencial para la determinación de la regulación aplicable. Se trata de una cuestión polémica que no ha sido resuelta por la jurisprudencia. Doctrinalmente no se ha alcanzado una posición unánime, aunque debe destacarse la inflexión que supuso la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes combinados, actualmente derogada y sustituida por los artículos 150 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, dado que la manifiesta conexión entre ambos contratos debe tenerse en cuenta a la hora de la calificación.

Las diferentes teorías planteadas se pueden clasificar según afirmen la posibilidad de que el viajero, que en ningún caso es contratante del contrato de contingente, pueda o no reclamar directamente al hotelero por un incumplimiento de sus obligaciones.

Entre las que afirman una vinculación directa entre el hotelero y el turista o viajero, que permiten a este una acción directa contra aquel, en caso de incumplimiento por el hotelero de sus obligaciones, destacan las siguientes calificaciones del contrato de contingente:

López Frías (1994)¹⁸, después de calificar el contrato de viaje combinado como un contrato de resultado, más concretamente, un contrato de arrendamiento de obra realizada

para las agencias de viajes, como sucede en el contrato de reserva por contingente con garantía de ocupación mínima, lo que, si bien supone que obtendrán las plazas de ocupación hotelera a un precio bajo para poder jugar con el margen de beneficio que existe entre ese precio garantizado a la empresa hotelera y el precio que el cliente pague por su ocupación, lo cierto es que la agencia corre el riesgo de adelantar el pago de las plazas –con mayor sentido si se trata de un paquete en el que se incluya un gran número de plazas– sobre las que no existe la seguridad de ocupación posterior (Estancona Pérez, 2017, nota 5).

¹⁷ A modo de ejemplo, describe una cláusula de cumplimiento de ocupación en la que se establece un «porcentaje mínimo de ocupación correcta» que no afectará al contingente de plazas reservadas; en el caso de que la ocupación real media alcanzada durante un periodo prefijado (durante los primeros días de temporada) fuese inferior a un porcentaje pactado respecto a la ocupación correcta, el hotelero queda facultado para reducir el contingente contratado en un porcentaje igual, e incluso facultado para aumentar el periodo de *release*.

¹⁸ En una excelente monografía sobre los contratos conexos.

por la agencia de viajes para el turista¹⁹, considera el contrato concluido entre la agencia y la empresa de alojamiento como un contrato con estipulación a favor de terceros (López Frías, 1994, p. 244)²⁰, los turistas, que podrían reclamar contra la agencia, lo que será normalmente la vía más cómoda para ellos, pero también contra la empresa hotelera, promitente de los servicios a favor de los turistas.

Martínez Nadal afina más, considerando el contrato de contingente como un precontrato de alojamiento con estipulación a favor de tercero²¹. Descarta otras calificaciones como la de contrato de hospedaje perfeccionado pero sometido a una condición suspensiva. Se centra en la identificación entre la promesa de contrato y la opción²², que se corresponde con la primera fase contractual, diferenciándola de la fase de perfeccionamiento, que se da una vez que la agencia ha comunicado la *rooming list* al hotelero, y de la fase de ejecución, en la que el hotelero cumple a favor de un tercero, que es el turista (Martínez Nadal, 1995, pp. 31 y ss.).

En el mismo sentido, Viñuelas Sanz (2003, pp. 325-329) entiende que es contrato de opción de hospedaje en beneficio de tercero. Y ello por el derecho de opción atribuible a la agencia, la falta de una relación personal o de confianza que una al comitente y comisionista, la falta de actuación de la agencia en nombre de la empresa hotelera, y a que la agencia sustituye a la empresa hotelera en la elaboración de productos turísticos que redundan en su propio beneficio.

Las teorías que defienden la imposibilidad de que el turista pueda accionar directamente frente al hotelero son las que califican el contrato de contingente como subcontrato del contrato de viaje combinado o como mandato del hotelero a la agencia de viajes:

¹⁹ Rechaza así la autocalificación de meros intermediarios que reflejan las agencias en sus contratos de viaje combinado, negando que la relación entre turista y agencia pueda ser la de un contrato de comisión (López Frías, 1994, pp. 241-242).

²⁰ En el mismo sentido, Blanquer (1999, p. 332).

²¹ El Tribunal Supremo ha entendido que en ningún caso podía entenderse como una mera promesa de contrato: la STS 76/1982, de 27 de febrero (*Jurisprudencia Civil. Enero-febrero, 1982*. 1983, pp. 624-632). En el tercer considerando *in fine*, califica el contrato de reserva hotelero como un contrato atípico «cuyo cumplimiento está llamado a realizarse en una serie de actos sucesivos ampliamente prolongados en el tiempo, con inclusión, en un momento del desarrollo de la relación jurídica establecida, de otras personas –en este caso los definitivos usuarios de las plazas reservadas o la agencia a cuya disposición y para cuyos clientes se ponen las mismas– no suscriptores del pacto de reserva inicial que, aunque atípico, es un propio negocio bilateral con función de garantía y no una simple promesa de contrahendo, cuyo objeto es la cobertura de posteriores contratos de hospedaje». En el mismo sentido la STS 1127/1992, de 3 de diciembre (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. 1992. Cuarto trimestre*. 1995, pp. 1.299-1.304 (Rodés, 1993, pp. 1.046-1.050). Esta doctrina ha sido matizada por Martínez Nadal (1995, pp. 57-58).

²² Se rechaza la catalogación del contrato de reserva de alojamiento como contrato de opción en la SAP de Baleares de 29 de diciembre de 1990 y la SAP de Baleares de 20 de noviembre de 1991, ambas citadas en Rodés (1993, p. 1.038).

Haza Díaz considera que el contrato de cupo no es más que un subcontrato del contrato de viaje combinado que celebra la agencia con el turista, y que es imprescindible para el cumplimiento de este. Según esta teoría, el único responsable frente al turista será la agencia de viajes, ateniéndose al antiguo artículo 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, para la regulación de los viajes combinados, por lo que no existe responsabilidad alguna del hotelero para con el turista²³.

Según Rodés (1993, pp. 136-140), se puede calificar el contrato como mandato del hotelero a la agencia, cuyo objeto sean los futuros contratos de hospedaje. Con ello, el hotelero no responde frente al turista en virtud del contrato de contingente, sino en virtud de estos contratos de hospedaje²⁴.

Alcover Garau (1998, pp. 629 y ss.), seguido por Petit Lavall (1999, p. 9.456), afirman que, una vez entrada en vigor la Ley 21/1995, de 6 de julio, para la regulación de los viajes combinados, debe entenderse que el contrato de contingente es un contrato atípico en lo normativo, pero tipificado socialmente, que se puede asimilar al contrato de comisión indirecta e irrevocable, por lo que, en principio, no se otorga al turista ningún tipo de acción para reclamar al hotelero en caso de incumplimiento por parte de este, sino que deberá dirigirse exclusivamente contra la agencia, sin perjuicio del derecho de la agencia de repetir contra el hotelero.

Ahora bien, esta calificación obvia varias características del contrato de reserva de plazas en régimen de contingente: el ser de tracto sucesivo. Por ello, entendemos más adecuada la consideración del contrato de reserva de contingente como contrato análogo al contrato de agencia, en el que el encargo de principal al agente es de tracto sucesivo. No obstante, no debemos olvidar que, a diferencia del contrato de agencia, en el contrato de reserva de contingente existe un interés directo tanto por el hotelero (principal) comitente como por la agencia mayorista (agente o comisionista), pues esta está interesada en crear una amplia y variada oferta a los viajeros, controlando la red de comercialización de la oferta hotelera. Estos elementos aproximan el contrato de reserva de contingente al contrato de distribución²⁵. Aunque este tiene como

²³ Esta afirmación se considera como excepción al régimen existente para otros subcontratos, como el de arrendamiento, así como excepción al régimen de protección al usuario reconocido en virtud del antiguo artículo 27 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que impondrían una obligación solidaria por parte del hotelero, como subcontratante de los servicios que la agencia debe prestar. (Haza Díaz, 1997, pp. 211-219).

²⁴ En un artículo posterior, este autor califica este contrato como un contrato de mandato conexo con el contrato de viaje combinado, y establece la responsabilidad del hotelero en virtud de dicha conexión manifestada en la cláusula contractual correspondiente y reforzada por la normativa de defensa de los consumidores y usuarios. Este argumento parece recogerse en la SJPI n.º 23 de Barcelona, de 16 de octubre de 1995, aunque no fue tenida en cuenta por la SAP de Barcelona (Sección 16.ª), de 21 de marzo de 1997, que resolvió la apelación. (Rodés, 1998).

²⁵ El contrato de reserva de plazas en régimen de contingente es, como el contrato de distribución, un contrato de tracto sucesivo, en el que la agencia de viajes, como el distribuidor, a cambio de una contrapartida

sustrato la compraventa de bienes, entendemos que ello no impide su aplicación analógica. De hecho, la normativa de Derecho de la competencia habla de «compraventa» de servicios al regular las restricciones verticales²⁶, y el sector turístico califica la relación de las agencias de viajes con los hoteles como uno de los «canales de distribución» de plazas hoteleras.

En consecuencia, entendemos analógicamente aplicables al contrato de reserva de cupo las normas que la jurisprudencia ha entendido aplicables al contrato de distribución, tanto las del contrato de comisión (como comisión indirecta irrevocable, art. 246 CCom.)²⁷ como determinados preceptos de la Ley 12/1992, del contrato de agencia, en especial los referentes a la duración del contrato en defecto de pacto entre las partes, aunque con la particularidad de que no cabría aplicar las normas imperativas que protegen al agente, pues aquí su equivalente, la agencia de viajes, es quien tiene la posición preponderante, que obliga a realizar inversiones al hotelero, por lo que no entendemos extensible a la agencia de viaje sus consecuencias indemnizatorias, que pretenden proteger a la parte débil en el contrato de agencia. Esta solución ofrece una ventaja añadida, que la Ley 12/1992 es trasposición de la Directiva 86/653/CEE, por lo que las soluciones que ofrece serán resultado de una norma armonizada por la Unión Europea, como lo es también la regulación del contrato de viaje combinado, del cual el de reserva de cupo es presupuesto previo.

Esta calificación jurídica es compatible con la responsabilidad exclusiva (y solidaria) de las agencias de viaje organizadora y minorista frente al viajero y con el derecho de repetición de las agencias frente al hotelero, regulado para los viajes combinados en el artículo 161 del TRDCU.

Finalmente, entendemos que la naturaleza del contrato de contingente no se ve afectada por el hecho de que la agencia de viajes pague una garantía parcial (que puede calificarse como cláusula penal), cuando se pacta el compromiso de reserva de plazas, siempre que dicha garantía no sea del 100 % del precio de dichas reservas.

(consistente en la diferencia del precio que paga por plaza al hotelero y la que carga por alojamiento al viajero como parte del viaje combinado), se obliga a promover, en nombre y por cuenta propia (a diferencia de un contrato de agencia), la reventa de los productos, en este caso la comercialización de servicios (que además integra en un producto nuevo, el viaje combinado) en un territorio determinado. La diferencia es que en el contrato de distribución el distribuidor se integra en la red distributiva del concedente, mientras que en el de reserva en régimen de cupo, tanto el hotelero se integra en la red del agente de viajes, como el agente en la red del hotelero (en especial, si este es una cadena hotelera).

²⁶ El Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas define como «comprador» a una empresa que, con arreglo a un acuerdo al que se aplique el artículo 101, apartado 1, del tratado, venda bienes o servicios por cuenta de otra empresa (art. 1.1.h).

²⁷ Artículo 246. «Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni este contra aquellas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí».

En caso de que la garantía sea total, tendremos que analizar caso por caso su naturaleza jurídica, pues, en ocasiones, la jurisprudencia ha calificado como contrato próximo al contrato de arrendamiento, aunque no idéntico, al contrato de reserva de contingente hotelero pactado con una garantía que cubra el 100 % del precio, se ocupen o no las plazas reservadas, en el caso de que el precio se haya establecido con independencia de la efectiva ocupación de las habitaciones, ya que en este caso no tienen eficacia ni la remisión de la *rooming list* ni el plazo de *release*²⁸. Aunque tal afirmación no se observa en otras sentencias que consideraran la cláusula de garantía como cláusula indemnizatoria para los casos de no ocupación²⁹.

6. Marco jurídico

Las partes se sujetan a la normativa de Derecho administrativo, como las normas autonómicas reguladoras de la ordenación del turismo, que regulan la actividad de las agencias de viajes y un gran número de normas de policía y medio ambiente, de ordenación del territorio y urbanismo, que indirectamente pueden afectar al contrato de reserva de plazas en caso de que impidan en su momento el cumplimiento de las prestaciones pactadas por parte del titular del establecimiento. No obstante, no vamos a analizarlas aquí, dado que nos centraremos en el contenido jurídico privado del contrato, aunque su infracción, además de dar lugar a sanciones administrativas, pueda suponer una sanción jurídico-privada por incumplimiento de cláusulas que, de ordinario, suele imponer la agencia³⁰, referentes a la adopción de medidas de seguridad y abstención de realizar actividades molestas durante la estancia de los clientes³¹.

En cuanto a la regulación normativa de Derecho privado. Se seguirá este orden de fuentes reguladoras:

- 1.º Normas imperativas: Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, ya que en los contratos aparecen tales como dispuestas por la agencia; las leyes reguladoras del derecho de la competencia, que entran en juego espe-

²⁸ SAP de Baleares 502/1997, de 10 de julio (*Aranzadi Civil* 1997\1546).

²⁹ SAP de Baleares 578/1999, de 12 de julio (*Aranzadi Civil* 1999\7885).

³⁰ En este sentido, la SAP de Barcelona de 15 de enero de 1990 analiza la problemática planteada exclusivamente desde el punto de vista jurídico privado. Comentada por Martínez Nadal (1995, p. 82, nota 64).

³¹ Esta llamada «publicación» del contrato, que se da, sobre todo, respecto al hospedaje que lleva aparejado el contrato de reserva de cupo, genera sanciones administrativas para el caso de incumplimiento de sus preceptos, sin generar por sí mismas derechos subjetivos entre las partes que puedan ser reclamados directamente ante los tribunales. No obstante, se observa una progresiva inclusión entre las condiciones del contrato de cláusulas que exigen desde el ámbito jurídico privado el cumplimiento de las normas administrativas, pudiéndose incluir no solo expresamente, sino también por medio de los usos, en virtud del artículo 1.258 del CC y los artículos 2 y 50 del CCom. (Sobre la «publicación» del contrato de hospedaje, cfr. Badenas Carpio (2000, pp. 619-634).

cialmente por la alta concentración de los operadores, en especial de las agencias de viajes. Entre ellas, las más relevantes son las que regulan las restricciones verticales de la competencia, pues las agencias de viajes suelen imponer condiciones abusivas a los hoteleros; las normas del Real Decreto Legislativo 1/2007 (TRDCU), en especial sus artículos 150 y siguientes, reguladoras de los viajes combinados y vinculados, en tanto afecten al contrato subyacente de reserva de plazas hoteleras.

- 2.º Cláusulas contractuales, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Incluimos aquí los usos interpretativos de la voluntad de las partes.
- 3.º Normas dispositivas: artículos 50 a 63 del CCom. como contratos mercantiles que son; aplicación analógica de parte de la Ley 12/1992, del contrato de agencia, interpretado exclusivamente como dispositivo, teniendo en cuenta que la agencia de viajes no es la parte débil del contrato y no necesita de una especial protección, y en su defecto, las normas sobre el contrato de comisión (art. 244 y ss. CCom.). Supletoriamente las normas del Código Civil sobre obligaciones y contratos y sobre mandato, siempre que no contradigan a las anteriores.
- 4.º Usos de comercio, que no se aplicarán *contra legem*, como el caso de *overbooking*³². Pueden entenderse como usos los convenios intersectoriales internacionales, como el código de prácticas, relativo a las relaciones hoteles/agencias de viajes elaborado conjuntamente por la Association Internationale de L'hôtellerie et de la Restauration (IH&RA) y la Fédération Universelle des Associations D'agences de Voyages (FUAAV) (en adelante, Código de Prácticas IH&RA/FUAAV), en vigor desde el 14 de septiembre de 1999, que sustituyó al de 3 de julio de 1991, y de especial importancia cuando las partes del contrato suelen tener sedes en países diferentes³³.

7. Partes del contrato

7.1. Agencias de viajes

Quien contrate con el titular del establecimiento hotelero, para disponer de sus plazas hoteleras como servicio que integre un viaje combinado, será un organizador (o, en su caso, un minorista) que deberá cumplir lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2007. Aparte de las obligaciones de información previa y constante en documento, como sujeto deberá constituir una garantía y adaptarla. Según el artículo 164 del TRDCU:

³² STS 335/1993, de 2 de abril (NCJ036073).

³³ Este código puede ser importante a la hora de interpretar la voluntad de las partes al referirse a algún término contractual o incluso como prueba de la existencia de una costumbre. Sin perjuicio de la posibilidad de que las partes puedan remitirse a él, directamente, incorporándolo como clausulado contractual o indirectamente, cuando las partes formen parte de las asociaciones que lo han elaborado y sometan sus disputas a un órgano de resolución alternativa de conflictos de cualquiera de ellas.

Dicha garantía podrá constituirse mediante la creación de un fondo de garantía, la contratación de un seguro, un aval u otra garantía financiera, en los términos que determine la Administración competente. Si el transporte de pasajeros está incluido en el contrato de viaje combinado se constituirá una garantía para la repatriación de los viajeros, pudiendo ofrecerse la continuación del viaje combinado.

Garantía exigible a los organizadores y los minoristas españoles, a los de la Unión Europea y también a los organizadores y los minoristas no establecidos en un Estado miembro de la Unión Europea que vendan u ofrezcan viajes combinados en España, o que por cualquier medio dirijan dichas actividades a España. (art. 164 *in fine* TRDCU). La misma exigencia de una garantía de reembolso para caso de insolvencia se exige a los empresarios que faciliten servicios de viaje vinculados, en el artículo 167 del TRDCU.

Según el artículo 164.2 del TRDCU:

La garantía deberá ser efectiva y cubrir los costes que sean previsibles de manera razonable. Cubrirá el importe de los pagos realizados directamente por los viajeros, o por un tercero en su nombre, en relación con viajes combinados en temporada alta, teniendo en cuenta el periodo comprendido entre los pagos anticipados y los pagos finales y la finalización de los viajes combinados, así como el coste estimado de las repatriaciones en caso de insolvencia. La cobertura necesaria podrá calcularse a partir de los datos comerciales más recientes, como es el volumen de negocios en concepto de viajes combinados realizado en el ejercicio anterior, pero deberá adaptarse en caso de que aumenten los riesgos, especialmente debido a un incremento importante de la venta de estos viajes.

Además, deberán constituir otra garantía

que responderá con carácter general del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado. En todo caso, los viajeros podrán reclamar esta garantía directamente al sistema de cobertura constituido (art. 165 TRDCU).

Las Administraciones competentes, las autonómicas, exigen que para ser organizador o minorista deben constituirse como agencias de viajes, cumpliendo con su régimen jurídico administrativo³⁴, y detallando concretamente el importe de dicha garantía, vía reglamentaria

³⁴ Artículo 47.2 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias. Artículo 50 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía. Artículo 58 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears. Artículo 57 de la Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco. Artículo 70 de la Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana, etc.

o por ley³⁵. Con todo, Cataluña ha liberalizado el sector, no siendo necesario que el agente de viajes presente ningún documento ante la Administración turística³⁶, sin perjuicio de que

³⁵ En Baleares, el artículo 58 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears, exige a las agencias de viajes con establecimiento en dicha comunidad su inscripción en un registro insular y en el Registro general de empresas, actividades y establecimientos turísticos, mediante la declaración responsable de inicio de actividad turística, en la cual tiene que constar la declaración de tener constituida la garantía exigida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Esta garantía puede revestir tres formas:

a) Garantía individual: mediante un seguro, un aval u otra garantía financiera. El importe de esta garantía tiene que ser equivalente, como mínimo, al 5 % del volumen de negocio derivado de los ingresos por la organización o venta de viajes combinados a qué llegó la agencia de viajes en el ejercicio anterior, y en cualquier caso el importe no puede ser inferior a 100.000 euros.

Esta cobertura tendrá que adaptarse en caso de que aumenten los riesgos, especialmente si se produce un incremento importante de la organización o venta de viajes combinados.

b) Garantía colectiva: las agencias de viajes pueden constituir una garantía colectiva a través de las asociaciones empresariales legalmente constituidas, mediante aportaciones a un fondo solidario de garantía. La cuantía de esta garantía colectiva será de un mínimo del 50 % de la suma de las garantías que los organizadores o detallistas individualmente considerados tendrían que constituir de acuerdo con el apartado anterior. En ningún caso el importe global del fondo podrá ser inferior a 2.500.000 euros.

c) Garantía por cada viaje combinado: el organizador o detallista podrá contratar un seguro para cada viaje combinado.

En el supuesto de que las agencias de viajes, en sus diferentes modalidades, cesen en su actividad, la garantía quedará afectada durante dos años al cumplimiento de las responsabilidades establecidas por los viajes combinados.

5. Asimismo, las agencias de viajes tienen que afianzar su responsabilidad mediante la suscripción de una póliza de seguro que garantice los posibles riesgos de su responsabilidad. La póliza de seguro para afianzar el desarrollo normal de la actividad que garantice los posibles riesgos de su responsabilidad tiene que ser directa o subsidiaria, según si se utilizan medios propios o no en la prestación del servicio. La póliza de seguro tiene que cubrir los tres bloques de responsabilidad siguientes:

- La responsabilidad civil de la explotación del negocio.
- La responsabilidad civil indirecta o subsidiaria.
- La responsabilidad por daños patrimoniales primarios.

Estas coberturas incluyen toda clase de daños corporales, daños materiales y otros perjuicios económicos.

La póliza tiene que cubrir siniestros, como mínimo, por valor de 450.000 euros, divididos en 150.000 euros para cada uno de los bloques. La póliza tiene que ir firmada por el tomador del seguro y por la entidad asegurada, acompañada del recibo acreditativo del pago. Las agencias de viajes están obligadas a mantener la vigencia de esta póliza.

Las agencias de viajes ya establecidas en otra comunidad autónoma o en otro Estado miembro de la Unión Europea que abran un establecimiento en las Illes Balears tienen que acreditar que tienen constituida una póliza de seguro en los términos descritos y al menos por las cantidades indicadas antes.

³⁶ Artículo 53.2 de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña: «Las actividades de agente de viajes y la de intermediación en servicios turísticos de alojamiento son de libre prestación en Cataluña,

deba constituir la garantía, que concreta en su normativa autonómica de defensa de los consumidores y usuarios³⁷.

Es frecuente que la agencia que contrata con el hotelero no sea la agencia organizadora o mayorista que comercializará directa o indirectamente las plazas, normalmente extranjera, sino que lo haga a través de una agencia interpuesta que actúa por cuenta de aquella. En estos casos, si la representante actúa en nombre propio, será esta la que responda frente al hotelero, en virtud de los artículos 1.717 del CC y 246 del CCom., sin que sea suficiente para alegar la liberación de su responsabilidad el que en el contrato aparezca el logotipo de la representada, ni que las facturas del hotelero se remitan a esta³⁸.

También es habitual la celebración de contratos con varios organizadores o agencias, en cuyo caso se suelen incluir cláusulas que les eximan de responsabilidad solidaria por el incumplimiento de sus obligaciones³⁹.

sin perjuicio del deber de cumplir la normativa turística que les es de aplicación y demás normativa sectorial específica». La normativa de consumo le impone acreditar que posee la garantía suficiente para cubrir los riesgos de insolvencia exigidos por los artículos 252-10 y 252-11 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña: «Las personas, físicas o jurídicas, establecidas en Cataluña que comercializan u organizan viajes combinados o facilitan servicios de viaje vinculados deben presentar ante la ventanilla única empresarial una declaración responsable en la que manifiesten que disponen de la garantía que establecen los artículos anteriores» (art. 252-12 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña).

³⁷ Artículos 252-10 y 252-11 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Establecen una garantía consistente en un aval bancario o una póliza de caución o de seguros que cubra el importe equivalente al menos a un 5 % del volumen anual de negocios derivado de la comercialización u organización de viajes combinados o vinculados, con un importe mínimo de 100.000 euros. Puede sustituirse por una póliza de seguros que cubra –de forma individual y para cada viaje combinado– los riesgos de insolvencia por el importe de los pagos efectuados por los usuarios en relación con todos los viajes que aún no han finalizado, y, en el caso de que el transporte esté incluido en el contrato, el retorno del viajero al origen.

³⁸ SAP de Baleares, 530/1996 (*Base de Datos del Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares*). Esta sentencia hace referencia, *obiter dicta*, a STS n.º 76/1982, de 27 de febrero (*Jurisprudencia Civil. Enero-febrero, 1982*, 1983, p. 624-632), si bien de forma errónea, ya que afirma que en ella se reconoce la obligación solidaria de las agencias comitente y comisionista, cuando en realidad afirma la responsabilidad de la agencia comisionista por no haberse probado que actuó en nombre de la comitente, no pronunciándose sobre la responsabilidad solidaria de ambos en la que la Audiencia Provincial de Baleares había basado la sentencia que resolvía la apelación. No obstante, si la agencia actuó a través de una central de reservas, esta no asume responsabilidad alguna, que corresponde a la agencia íntegramente. SAP de Zaragoza, de 8 de junio de 1999 (*Aranzadi Civil 1999\1234*).

³⁹ Cláusula que podría entenderse como innecesaria, ya que el artículo 1.137 del CC establece la presunción legal de responsabilidad no solidaria en las obligaciones. Con todo, tal cláusula no es del todo inútil, desde el momento en que la STS de 7 de abril de 1983 ha declarado que en las obligaciones convencionales derivadas del contrato puede existir solidaridad de los obligados sin necesidad de voluntad expresa al respecto, bastando con que conste la voluntad de las partes de que la obligación sea solidaria tras aplicar todas las reglas de interpretación del contrato, con lo que esta cláusula viene a eliminar esta posible interpretación.

7.2. Titular del establecimiento de alojamiento (hotelero)

Es el titular de la disponibilidad de las plazas hoteleras, que será el dueño o, en su caso, el arrendatario de la empresa hotelera o el franquiciado hotelero. Si el establecimiento se explota mediante un contrato de gestión hotelera, el titular será el principal, aunque el gestor (por ejemplo, una cadena hotelera) sea quien contrate en nombre y por cuenta del principal. En este artículo, para simplificar, lo hemos denominado «hotelero»⁴⁰.

En el contrato de reserva de contingente de plazas, no solamente se identifica el titular de las plazas de alojamiento, sino también se especifican contractualmente las características del establecimiento en el que dichas plazas están situadas, información útil para casos en los que, ante la imposibilidad de cumplimiento de su deber de alojamiento, el titular de este deba alojar al turista en un alojamiento de características similares⁴¹. Se entiende plazas de establecimientos vacacionales con servicios complementarios, por lo que se incluyen, además de los hoteles, las empresas de alojamiento turístico de carácter no hotelero (Alcover Garau, 1998, p. 627), como los apartamentos turísticos, chalets, agroturismos, etc., con servicios comunes.

Se excluyen los que tengan finalidad residencial, que no se entienden como parte de un contrato de viaje combinado, que solo se refiere, como prestación de servicio de viaje susceptible de incorporarse a un viaje combinado, al «alojamiento» (art. 151.1.2.º TRDCU), que es una cesión de uso del inmueble, con prestación de servicios turísticos complementarios. Ello plantea un problema, ante la reciente incorporación a las ofertas, realizadas por agencias de viajes *online*, o por compañías aéreas, de paquetes de vuelos más arrendamiento en vivienda (viviendas vacacionales, tipo las ofrecidas a través de plataformas como Airbnb), o paquetes de arrendamiento de vivienda más un servicio complementario (como ya realiza Airbnb, con la denominación «experiencia»)⁴², que, como mínimo, podrían considerarse como ofertas de viaje vinculado⁴³. Siendo meros arrendamientos, sin prestación de servicios complementarios, no son alojamiento, por lo que no son servicio de viaje y, por tanto, puede excluirse al paquete de la calificación legal de viaje combinado, privando al viajero de la cobertura de sus pagos con una garantía frente a la insolvencia de la agencia de viajes.

A favor de la tesis de que no caben contratos de reserva de cupo en inmuebles de uso residencial, tenemos que sigue los usos de comercio, pues el contrato de reserva de cupo

⁴⁰ Tal y como lo denomina el Código de Prácticas IH&RA/FUAAV.

⁴¹ Entre las características del hotel se exige determinar el número total de habitaciones, su categoría oficial, situación y zona, en ocasiones determinando si existe una playa cercana y si es de disfrute exclusivo del hotel.

⁴² <<https://www.airbnb.es>>.

⁴³ <<https://www.airbnb.es/help/article/2282/eu-directive-on-package-and-linked-travel-arrangements>>.

de plazas, presupuesto del contrato de viaje combinado, no solo supone la cesión de uso de un inmueble, sino también la obligación del titular del establecimiento de prestar servicios complementarios de carácter turístico. Esta interpretación solo podría contradecirse si entendiéramos que por alojamiento el artículo 151.1 a) del TRDCU quiere decir arrendamiento. En este caso, el arrendamiento sería de temporada, por tanto, arrendamiento para uso distinto a la vivienda (art. 2 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en adelante LAU), lo que podría interpretarse como finalidad no residencial.

Por otra parte, la misma comercialización a través de una agencia de viajes supondría una presunción de inexistencia de arrendamiento residencial, pues el artículo 5 e) de la LAU establece que:

La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística.

Normativa sectorial turística que es competencia autonómica, y que, en la mayoría de los casos, ha considerado dichas cesiones de uso como turísticas, imponiéndoles una serie de servicios complementarios, de carácter turístico⁴⁴, que permite que puedan calificarse como alojamientos, con lo que cabría su integración en contratos de viajes combinados⁴⁵.

⁴⁴ Artículo 51 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears:

Servicios turísticos.

1. La persona comercializadora de estancias turísticas en viviendas de uso residencial tiene que garantizar, con el objeto de facilitar la estancia, la prestación directa o indirecta de los servicios turísticos siguientes:

- a) Limpieza periódica de la vivienda, antes de la entrada de nuevos clientes o durante la estancia de estos.
- b) Suministro de ropa de cama, lencería, menaje de la casa en general y reposición de estos.
- c) Mantenimiento de las instalaciones.
- d) Cualquier otro que se pueda determinar reglamentariamente.

En caso de contratarse personal para llevar a cabo los servicios mencionados, se tienen que cumplir las normas laborales, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales aplicables a los trabajadores, así como el convenio colectivo que sea de aplicación.

2. Además de las obligaciones impuestas en el artículo 19 de la presente ley a todas las empresas turísticas, la persona o entidad comercializadora de estancias turísticas en viviendas de uso residencial tiene que posibilitar la asistencia telefónica al turista o usuario durante las veinticuatro horas. Este número y servicio también tiene que estar a disposición de la comunidad de propietarios a fin de poder comunicar incidencias graves que se puedan producir y que le afecten.

⁴⁵ Sobre la diferencia de los conceptos de alojamiento y arrendamiento y sus consecuencias en la aplicación de la LAU o la normativa turística, Martínez Cañellas (2014).

7.3. El viajero (turista) carece de acción directa contra el hotelero

La reforma de la regulación del contrato de viaje combinado ha sustituido el término turista (que todavía se usa en la normativa turística autonómica)⁴⁶ por el término, más amplio, de «viajero». El artículo 151.1 f) del TRDCU define «viajero», en el ámbito de los contratos de viaje combinado, como «toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado con arreglo a este libro».

El viajero es parte del contrato de viaje combinado, pero no es parte del contrato de reserva de plazas en régimen de contingente. Lo cierto es que este contrato sirve de base para la celebración de futuros contratos de viajes combinados, de ahí que parte de la doctrina considera que el viajero es un tercero «en cuyo beneficio» se ha estipulado el contrato de reserva de cupo, y, con base en ello, justifica la existencia de una acción directa entre el viajero y el titular del establecimiento hotelero, en caso de incumplimiento por parte de este.

Sin embargo, otra parte de la doctrina, la que considera que la agencia de viajes organizadora es un comisionista indirecto del hotelero, mantiene la total independencia entre el hotelero y el viajero, por lo que, en principio, no cabe acción directa del viajero contra el titular del establecimiento. El viajero contrata exclusivamente con la agencia minorista, que actúa bien como mandataria del organizador, y en nombre de este, en cuyo caso el organizador será responsable, bien en nombre propio, aunque por cuenta del organizador (respondiendo el minorista como mandatario indirecto), o bien por cuenta y riesgo de la misma minorista, en cuyo caso solo debe responder contractualmente la minorista frente al viajero, dado el principio de relatividad de los contratos. En ningún caso el viajero contrata con el hotelero. Es más, el organizador puede, en ciertas circunstancias, modificar el contrato de viaje combinado, cambiando, por ejemplo, la plaza de alojamiento, en los términos del artículo 158 del TRDCU, sin que ello implique necesariamente la terminación del contrato de viaje combinado (aunque la causa pueda haber sido la resolución del contrato de contingente entre el organizador y el hotelero del alojamiento originario). En todo caso, este principio puede alterarlo la ley, ampliando la protección al usuario o consumidor. Así lo hace en el contrato de distribución, permitiendo una acción directa de reclamación de daños y perjuicios contra el fabricante de los productos distribuidos. Sin embargo, el artículo 161.1 del TRDCU hace responsables solidarios al minorista y al organizador del cumplimiento de las prestaciones del viaje combinado. Pero lo que no hace la ley es ampliar el ámbito de responsabilidad frente

⁴⁶ A modo de ejemplo: artículo 3 r) de la Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana. «Turista: persona que viaja a un destino distinto al de su entorno habitual con cualquier finalidad principal que no sea la de trabajar en el lugar visitado». Artículo 15 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias. «1. Se entiende por usuario turístico o turista a la persona que utiliza los establecimientos y bienes turísticos o recibe los servicios que le ofrezcan las empresas de esa naturaleza y que como cliente los demanda y disfruta».

al viajero a los prestadores de los servicios, como el hotelero, sin perjuicio del derecho de repetición de las agencias de viajes organizadora y minorista frente al prestador incumplidor⁴⁷.

Con todo, existen casos en los que el viajero protegido por la normativa de viajes combinados y vinculados pueda reclamar directamente al empresario hotelero: cuando este sea el prestador de uno de los servicios de viaje si el alojamiento junto con otro servicio de viaje ha sido contratado por el viajero de manera independiente

a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios con quienes se celebra otro contrato, a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje (art. 151.1. b) 2.º v) TRDCU),

pues en ese caso, el hotelero estaría en una posición de organizador de un viaje combinado.

Como se observa, en la definición de los contratos de viajes combinados y vinculados se hace referencia a la combinación de servicios de alojamiento y otros, agrupados por un empresario o por varios. Concepto de empresario que define el artículo 151.2 del TRDCU como aquel que atiende a los viajeros de manera presencial o en línea, tanto si actúa como organizador, minorista, empresario que facilita servicios de viaje vinculados o como prestador de servicios de viaje. Por ello, entendemos que el empresario hotelero puede estar sometido a lo dispuesto en el TRDCU, como prestador de servicios de viaje, tal y como lo define el artículo 151.1 a), si atiende a los viajeros de manera presencial o en línea, se realice la reserva mediante procesos de reserva conectados o no. Este posible sometimiento tiene trascendencia en la discusión de la naturaleza del contrato de reserva de plazas en régimen de contingente, como luego veremos.

Ya fuera del ámbito del contrato de reserva de cupo, el empresario de alojamiento también puede ser responsable frente al cliente, en caso de insolvencia, por los servicios de

⁴⁷ Artículo 161 del TRDCU. *Responsabilidad por la ejecución del viaje combinado y derecho de resarcimiento.*

1. Los organizadores y los minoristas de viajes combinados responderán de forma solidaria frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores.

Quien responda ante el viajero tendrá el derecho de repetición frente al empresario al que le sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado.

Cuando un organizador o un minorista abone una compensación, conceda una reducción del precio o cumpla las demás obligaciones que impone esta ley, podrá solicitar el resarcimiento a terceros que hayan contribuido a que se produjera el hecho que dio lugar a la compensación, a la reducción del precio o a otras obligaciones.

viaje vinculados contratados en los términos del artículo 151.1 e) del TRDCU, si el empresario hotelero facilita: con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta, la selección y el pago separado de otro servicio de viaje por parte de los viajeros, o de manera específica, la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro empresario, siempre que tenga lugar a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

Por otra parte, existe una modalidad de viaje combinado, que presupone un contrato de reserva de cupo excluido de la protección del TRDCU: el contratado por una agencia de viajes con una empresa o un profesional, en el ámbito del desarrollo de la actividad de este. En este caso, la agencia de viajes que contrata el contingente concluye el contrato de viaje combinado con la empresa, que, a su vez, decidirá quiénes van a realizar el viaje en cada momento. En estos casos, son estos quienes ocuparán la posición del viajero, puesto que ellos son los usuarios del servicio prestado por el hotelero, pero no gozarán de la misma protección que un turista o viajero, pues quedan excluidos de la misma en virtud del artículo 150.2 c):

2. La regulación establecida en este libro no será de aplicación a: c) Los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actué con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión.

En estos casos, el legislador entiende que la relación entre la empresa y la agencia de viajes se regirá por las reglas del principio de autonomía de la voluntad, siendo la protección de los viajeros de la empresa una relación exclusiva entre estos y la empresa, ajena a la agencia de viajes. En estos casos no existirá siquiera la responsabilidad del viajero contra el organizador, salvo que el minorista haya actuado como mandatario de este.

8. Obligaciones de las partes

8.1. Obligaciones de las agencias de viajes

Confidencialidad. Sobre todo por influencia del derecho anglosajón, se exige expresamente que las partes guarden reserva sobre los acuerdos tomados en el contrato, por lo que la agencia y el hotel se obligan a no difundir su contenido⁴⁸. Se trata de un acuerdo que

⁴⁸ Aunque puede justificarse el secreto contractual en aspectos como el precio por habitación, no debemos olvidar que, en un sistema capitalista, el equilibrio del mercado solamente puede conseguirse en caso de que haya transparencia de precios. El deber de secreto deberá ceder frente a los requerimientos de la Administración tributaria, estadística, frente a la autoridad judicial y, especialmente, frente a la

pretende, sobre todo, mantener el secreto de los acuerdos económicos, como las cláusulas sobre precios, ya que carece de sentido práctico respecto del clausulado de los contratos, que son prácticamente idénticos en sus clausulados, al seguir unos usos de comercio comunes.

Comercializar las plazas reservadas. El organizador tiene un deber de diligencia, que incluso se refleja expresamente en el clausulado del contrato: se obliga a hacer lo posible para ocupar los contingentes puestos a su disposición dentro de las posibilidades con que su organización comercial cuenta. Es una obligación de medios, en una primera fase, pues no garantiza que dichas plazas se ocupen⁴⁹. Entre las obligaciones que implica la obligación de comercializar estará el deber de incluir el establecimiento en los folletos publicitarios de la agencia⁵⁰, lo que implica derechos y obligaciones complementarios para el hotelero⁵¹. Y seguirá siendo una obligación de medios aunque se garantice una ocupación mínima, de tal forma que de no alcanzarse tal ocupación, quepa la revisión del cupo por el hotelero⁵². En temporadas en las que la demanda se prevé alta, las agencias suelen garantizar las plazas, pagando una cantidad en concepto de tal garantía, que suele exigirse con carácter de exclusiva. El llamado cupo garantizado se fija definitivamente en el mismo momento de la conclusión del contrato. Se indica en este momento el número de plazas, el periodo de la

autoridad de defensa de la competencia. El artículo 2.3 d) de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, siguiendo la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales), ampara la ruptura lícita del secreto empresarial en los casos en los que se trate de proteger un interés legítimo reconocido por el derecho europeo o español, como es el derecho de la competencia.

⁴⁹ En el mismo sentido, Martínez Nadal (2012).

⁵⁰ En ocasiones los folletos se denominan programa de viajes o programa de vacaciones del organizador. Es una obligación fundamental, pues dichos folletos son claves para la venta minorista del viaje combinado, al que debe sujetarse el organizador y el minorista, que deberá cumplir con lo reflejado en dicha información con una obligación de resultado, y tener la información contractual, y la precontractual, carácter vinculante (art. 154 TRDCU).

⁵¹ El hotelero se obliga en ocasiones a aportar las diapositivas y descripciones para el folleto y a aportar y permitir el uso del logotipo, en la firma de este contrato, o en un momento posterior, pero siempre anterior al 15 de agosto del año anterior para la temporada estival y al 15 de abril del año anterior para la invernal. Este material es gratuito para el organizador y libre de derechos de terceros tales como *copyright*. En algunos casos, el hotel se reserva expresamente el derecho de visado anticipado de conformidad a la reproducción gráfica de dichos catálogos.

⁵² Los porcentajes mínimos de ocupación correcta suelen situarse en el entorno del 70 % de la ocupación posible, y se calculan con referencia a un plazo durante el que deben ser mantenidos por la agencia, que suele exigirse desde el inicio del contrato, durante los primeros meses de vigencia del contrato, o durante 2 meses consecutivos. Si la ocupación media durante ese periodo no cubre el porcentaje sobre el cupo contratado, el hotel podrá reducir el cupo contratado en un porcentaje igual a la diferencia entre el porcentaje real de ocupación alcanzado y el tanto por ciento indicado. En este caso el hotel puede reservarse además el derecho de aumentar el periodo de *release*, por ejemplo, a 28 días. Para aplicar tanto la reducción de cupo como el incremento del periodo de *release*, el hotel debe formular preaviso, siendo el plazo habitual del mismo el de 15 días naturales de antelación.

reserva, el régimen de la prestación de servicios y la fecha de pago (normalmente el primero del mes anterior al inicio del periodo para el cual se contrató el cupo). En este caso, la cantidad entregada por la agencia de viajes será un adelanto al hotelero del importe de las plazas, si estas llegan a cubrirse, o bien una contrapartida a la reserva de las plazas, si las plazas garantizadas no se cubren⁵³.

Proporcionar al hotelero información sobre las plazas vendidas, bien periódicamente o bien a solicitud del hotelero. Esto le permite al hotelero saber aproximadamente la ocupación real y buscar otros contratos en caso de que la *rooming list* evolucione negativamente⁵⁴. Aunque no se pactara esta obligación de información, la aplicación analógica de las normas (Ley del Contrato de Agencia [art. 9.2 b]) nos llevaría a la misma conclusión.

Ocupar las plazas reservadas. Es una facultad, no una obligación. Debe entregar la *rooming list*, dentro de los límites temporales (periodo de *release*) y cuantitativos comprometidos.

La entrega de la *rooming list* y la existencia de un periodo de *release* son elementos que la jurisprudencia considera esenciales para que el contrato pueda ser calificado como de reserva de plazas en régimen de contingente. Estos dos elementos no deben desaparecer ni siquiera en el caso de que el contrato se haya pactado con una garantía total, puesto que, de no existir, el contrato no tendría tal naturaleza, sino que se trataría de un contrato atípico próximo al de arrendamiento⁵⁵.

⁵³ Según parte de la doctrina, el contrato de reserva de plazas en régimen de contingente con garantía total de las plazas no puede entenderse como tal, sino que se trata de un contrato con una naturaleza jurídica distinta y más próxima a la del contrato de fletamento *time charter* (Rodés, 1998, p. 531).

⁵⁴ La agencia se compromete a facilitar periódicamente al hotel un estado de ventas sobre el cupo contratado, y además, en el momento en que el hotel lo solicite, aunque puede pactarse que tal comunicación se haga, sin necesidad de solicitud, en una fecha determinada, o bien solo periódicamente, normalmente cada 15 días.

⁵⁵ SAP de Baleares n.º 502/1997, de 10 de julio (*Aranzadi Civil* 1997\1546). En el mismo sentido, la SAP de Baleares (Sección 3.ª) 319/2013 de 13 de septiembre (AC\2013\1679) establece que, si el *release* o plazo de preaviso pactado es 0, ello implica que las partes no han querido diferenciar los «momentos esenciales en los que se definen los efectos del contrato: Primero, el acuerdo o contrato de reserva del cupo de plazas y, después, la remisión de la lista de las habitaciones que deben ser ocupadas», sino que su voluntad fue que la reserva quedase hecha en el momento de la perfección del contrato, sin condicionamiento alguno a la remisión de la *rooming list* por parte del turoperador minorista o de la agencia mayorista. En consecuencia, dicho contrato no es un «contrato de reserva de plazas hoteleras en régimen de contingente», sino que «la falta de supeditación del pago de las sumas acordadas a la efectiva ocupación, y de cualquier alusión a la comunicación de la lista de habitaciones que, en un contrato de reserva de plazas hoteleras en régimen de contingente, es esencial para entender obligadas las partes –STS de 3 de diciembre de 1992–, llevan a la conclusión de [...] que el negocio pactado adquiere notas que lo aproximan, aunque evidentemente no lo identifican, con el contrato de arrendamiento, lo que significa que la agencia queda obligada al pago del precio con independencia de la efectiva ocupación de las habitaciones del cupo reservado».

El periodo de *release* o plazo de confirmación y envío de la lista definitiva de reserva se determina siempre en días antes de la llegada, normalmente entre 14 días en temporada baja y 7 (o incluso 3) días en temporada alta⁵⁶.

La agencia también se reserva el derecho de presentar a personas sustitutorias en lugar de los huéspedes para los que haya hecho reserva hasta la llegada de estos mismos huéspedes. Se trata de un derecho del viajero en los contratos de viaje combinado, que conforme al artículo 157 del TRDCU tiene derecho a ceder el contrato de viaje combinado a una persona que reúna todas las condiciones aplicables a ese contrato. Como la cesión debe comunicarla el viajero al organizador con una antelación razonable de, al menos, 7 días naturales (se coordina con el periodo de *release*, aunque no siempre, en cuyo caso la agencia asume un riesgo) al inicio del viaje combinado, el derecho que se reserva la agencia debe poder ser ejercitado frente al hotelero, al menos, con dicha antelación. Si dicha modificación se hubiera realizado una vez confirmada la reserva por la agencia al hotel, el hotel tiene derecho a cobrar a la agencia los gastos que ello le suponga, sin perjuicio de que la agencia se los repercuta al viajero en los términos del artículo 157.4 del TRDCU.

Después del plazo de *release*, el hotelero podrá disponer del cupo restante no dispuesto por la agencia, mientras que la agencia solo puede disponer del cupo restante sujeta a una confirmación *on request* por parte del hotel.

Recibida la *rooming list*, el hotelero tiene la obligación de tener las plazas a disposición de las personas que aparecen en el listado hasta una determinada hora del día de llegada. Si antes de dicha fecha, la agencia anula reservas confirmadas (anulaciones), o si, llegada la fecha, no se presenta alguna de las personas de la lista (*no shows*)⁵⁷, se aplicarán las reglas que hayan pactado las partes en el contrato⁵⁸, y si no, cabrá reclamar los daños y perjuicios causados, con el consiguiente problema probatorio en caso de disputa.

⁵⁶ Lo habitual es que la comunicación de las reservas definitivas se haga mediante lista, que una vez enviada sea definitiva, siempre que no se haya cumplido el plazo de *release*. No obstante, en ocasiones, la agencia se reserva la posibilidad de cancelar plazas confirmadas mediante avisos colectivos o individuales al hotelero, por escrito, y sin penalización, lo cual podría entenderse una cláusula abusiva, y buscarse su anulación, vía artículos 1.255 y 1.258 del CC, por ser contrarios a la buena fe.

⁵⁷ La no comparecencia de los clientes cuya reserva ha sido confirmada mediante su inclusión en la *rooming list* se entiende que se da a partir de las 24 horas desde la fecha de llegada del cliente, pero puede pactarse una hora anterior en el contrato o por los usos, normalmente las 20 horas de la fecha de llegada del cliente, salvo garantía por parte de la agencia mediante bono o tarjeta de crédito al cliente. SAP de Zaragoza, de 8 de junio de 1999 (*Aranzadi Civil* 1999\1234). En cambio, en el Código de Prácticas IH&RA/FUAAV se señala que serán las 18 horas del día de llegada prevista o, si son reservas garantizadas, como las confirmadas por la agencia de viajes, hasta el mediodía del día siguiente al de la fecha de llegada (lógico, pues esa es la garantía mínima a la que se sujeta la agencia en caso de anulaciones).

⁵⁸ Anulaciones y *no shows*: es frecuente que las partes pacten una indemnización a favor del hotelero para el caso de que los clientes con reserva confirmada no se presenten el día previsto (antes de una hora determinada, que suele ser las 20:00 h). Tal indemnización, que se factura a la agencia, suele consistir en

Obligación de pagar el precio pactado⁵⁹, con los descuentos y suplementos convenidos, y en la forma pactada⁶⁰.

Las formas de pago más habituales son las de pago acreditado mediante el método de *masterbills*, bonocheques, o bonos, a entregar por el cliente a la llegada del hotel, también contra la presentación de las listas de hotel o del *váucher* hotelero de los clientes, firmados por la agencia o por el guía, o por medio de avisos de pago o facturas. El momento del pago suele depender de la forma prevista; en los casos de *váucher*, el pago se efectúa en un plazo (desde 15 hasta 90 días, en el caso de Thomas Cook, lo que ha generado gran quebranto por su declaración de insolvencia en septiembre, dejando sin cobrar toda la temporada alta a los hoteleros que contrataron con dicho operador) a contar desde la partida de los clientes. Para clientes de larga estancia (más de 21 días), la agencia abona quincenalmente el pago correspondiente. En el caso de que el pago se efectúe contra facturas, el pago se efectúa en un plazo a contar de la presentación de las mismas por parte del hotel. Si la agencia incumple, el hotel podrá optar entre rescindir el contrato o suspenderlo, siempre que habiendo requerido fehacientemente a la agencia, esta no cancele el importe reclamado en un plazo máximo de 5 días naturales a partir de dicho requerimiento. Todos los gastos bancarios, comisiones por transferencias, etc. son por cuenta de la agencia.

Cláusulas sobre precio que suelen establecerse son:

- Rebaja de precios en caso de que el hotelero concierte con otras agencias a precios inferiores (cláusula de paridad de precios). Con ello, la agencia garantiza que, aunque el hotelero contrate con otras agencias de viajes, estas no puedan ofrecer precios más baratos, así como que el mismo hotelero no pueda realizar ofertas más baratas que la misma agencia. Dichas cláusulas deben entenderse como nulas si resultan contrarias al derecho de la competencia y no entran dentro de los supuestos de exención (art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Concretamente, la obligación del hotelero a igualar el precio contratado con

el importe de un día por semana o dos días o fracción por semana o fracción y se incluye en el precio del contrato, aunque también suelen incluirse eximentes en caso de que la agencia comunique la anulación con una antelación mínima de unos dos o tres días. El Código de Prácticas IH&RA/FUAAV establece las siguientes: una noche, en el caso de estancias en temporada baja, una noche si son estancias de una o dos noches, y tres noches si son estancias de más de tres o más noches en temporada alta.

⁵⁹ Los precios se entienden como precio neto, excluyendo cualquier tipo de comisión de intermediarios (que suelen prohibirse expresamente en el contrato). Se establecen por persona o unidad y día (PPPD, *price per person and day*, o PPPN, *price per person and night*), e incluyen alojamiento o habitación, alimentación mínima convenida, y servicios tales como gas, electricidad, agua, calefacción y aire acondicionado, limpieza y cambio de toallas pactado y cambio de sábanas un número de veces por semana. Suelen incluir tasas e impuestos, aunque no siempre y no todas.

⁶⁰ El hotel se obliga a no ceder derechos de pago resultantes de este contrato. Con ello se prohíbe la cesión a empresas de *factoring*, o a otros acreedores del organizador.

otras agencias de viajes sería un acuerdo de restricción vertical de la competencia, que podría ser válida si la agencia de viajes que la impone no supone más de un 30 % del mercado de referencia⁶¹. Por otra parte, incluir la cláusula de que el mismo hotel no pueda ofrecer precios inferiores supondría una restricción horizontal de la competencia, pues la agencia de viajes es competidora del mismo hotelero en cuanto a que este realice ofertas a través de su canal de venta directa (normalmente su página web). Se trata de un supuesto restrictivo de la competencia que no puede incluirse dentro de los supuestos de exención por categorías, aunque podría eximirse si se tratara de una cláusula que pueda considerarse encuadrada en un acuerdo de menor importancia. La Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 [CE] (hoy 101 TFUE) (*de minimis*) (DO 2001, C 368) establece como umbral *de minimis* que el acuerdo afecte a más de un 10 % del mercado de referencia⁶². En los casos en que los acuerdos los haya impuesto Booking.com o Expedia, el umbral queda ampliamente sobrepasado, por lo que dicha cláusula ha sido ya declarada nula por las autoridades de competencia de varios Estados de la Unión Europea (Francia, Alemania, Austria, Italia, Bélgica). Como reacción a la limitación de las autoridades de competencia, las agencias de viaje que imponen dichas cláusulas (principalmente las agencias de viajes *online*) han elaborado una nueva cláusula que imponen a los hoteleros en dichos países, una cláusula de limitación de precios que permite a los hoteles ofrecer a otras agencias de viajes (webs de reserva) precios inferiores, pero no publicarlas en la suya.

- Es habitual incluir una cláusula en la que el hotelero se comprometa a que los precios no suban mientras el contrato esté vigente. Aunque también podemos encontrar cláusulas de revisión de precios en ciertas circunstancias: sobre todo en casos de contratos de larga duración (por fluctuación excesiva de la divisa en que se pactó el contrato), o reducciones de precios previstas para casos de falta de demanda (en cuyo caso la agencia de viajes, con consentimiento del titular del establecimiento, suele sacar al mercado ofertas en los días inmediatos al vencimiento de reservas no solicitadas, por un precio muy rebajado, que pretenden generar liquidez para amortizar los costes estructurales de la agencia, sobre todo

⁶¹ Artículo 3.1 del Reglamento (UE) n.º 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

⁶² A diferencia de la Comisión Europea, las autoridades nacionales de competencia no están vinculadas por esa cuota del 10 %, que pueden tomar como meramente indicativa, por lo que pueden aplicar el artículo 101 del TFUE, apartado 1, a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión Europea en su comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 [CE] (*de minimis*), siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición. Asunto C-226/11, Expedia Inc. versus Autorité de la concurrence et al. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2012.

el transporte, y que también convienen al empresario, que se verá beneficiado por los consumos de los servicios complementarios que implica la efectiva ocupación de las plazas) (Rodés, 1993, p. 1.029).

- Otro tipo de reducciones de precio que se suelen pactar son las derivadas de circunstancias diversas que no pueden calificarse como extraordinarias. Estas reducciones se aplican bajo la condición de que la agencia las transmita íntegramente a su cliente. Para su validez deben estar publicadas íntegramente en el folleto de la agencia. Las reducciones se calculan con base en un porcentaje sobre el precio básico o un fijo por día de estancia y no suelen ser acumulables entre sí⁶³.
- Suplementos sobre el precio. Los suplementos se pactan expresamente en las cláusulas particulares, y no en las condiciones generales de los contratos. Lo habitual es que, a falta de pacto expreso, se pacte la media pensión, por lo que los suplementos deben recogerse explícitamente. Implican subidas del precio del cupo. Los más habituales son los de contratar:
 - Pensión completa (que suele incrementa un 50 % el precio neto, o un 30 % si se contrata para más de 12 personas).
 - Recargos por alimentación especial (fuera de bufet) desde la primera noche.
 - *All inclusive* o todo incluido: incluye desayuno, almuerzo, cena, además de bebidas y helados, que en la media pensión nunca se incluyen⁶⁴. En algunas comunidades autónomas la ley turística limita y regula estrictamente este tipo de oferta, por lo que, en caso de que el hotelero la acepte, se arriesga a ser sancionado administrativamente por la inspección turística. Sanción que no podrá repercutir a la agencia de viajes, salvo pacto entre ellos⁶⁵.

⁶³ Las más frecuentes son: para un tercer adulto por habitación (se pacta la tarifa habitual con reducción entre un 25 y un 30 %); para estancias de larga duración (más de 15 días), se pacta expresamente una rebaja de un porcentaje sobre el precio convenido; en contratos con pensión completa, cabe reducción a media pensión con rebaja; para niños entre 2 y 12 o 13 años, normalmente de un 50 %. Los costes de la cuna y la comida de los menores de 2 años, que se pactan directamente entre hotel y cliente, aunque suelen ser gratuitos en virtud de cláusula inserta en el contrato mismo, para reservas realizadas con mucha antelación, con fecha límite expresa en el contrato y un mínimo de noches, se pacta expresamente la rebaja de un porcentaje sobre el precio convenido, sobre todas las ofertas tipo incentivo (o MICE).

⁶⁴ Las bebidas consumidas en el bar del hotel no se entienden incluidas, salvo que se pacte expresamente, lo que suele hacerse dentro de unos horarios, normalmente de 10 a 23 horas. De no ser por esta cláusula, el hotelero cobraría las bebidas y los helados directamente al cliente.

⁶⁵ El artículo 37 Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears, regula la explotación de establecimientos de alojamiento turístico bajo la modalidad de pensión completa integral. Lo define como la modalidad en la que «el precio ofertado a los usuarios de servicios turísticos, además del alojamiento, se incluyen todos los servicios que ofrezca el establecimiento y, además, el desayuno, el almuerzo, la cena y todos los consumos de alimentos y bebidas que se realicen dentro del establecimiento de alojamiento turístico contratado». Se obliga a estos establecimientos a que adopten medidas necesarias (esencialmente informativas) para impedir que usuarios de servicios turísticos extraigan alimentos

En ocasiones, contratación exclusiva a favor del hotelero dentro de la misma zona turística. Solamente con el consentimiento del hotelero podrá concertar la agencia de viajes contratos de reserva de contingente en esa misma zona. Se trata de una cláusula poco frecuente, propia de contratos en los que el hotelero forma parte de una cadena hotelera.

Abstención de venta en países emisores distintos del pactado, porque el hotelero puede tener contratos de reserva en exclusiva para otros países con otras agencias de viajes.

En caso de que exista una modificación en la situación jurídica de las partes, por cesión de sus derechos a terceros, se mantiene la responsabilidad directa de los cedentes⁶⁶. Aunque lo más habitual será que se pacte expresamente la prohibición de ceder o subcontratar las plazas, o cualquier otro derecho objeto de este contrato a otras agencias o a terceros. Esta última parte es una prohibición de la cesión total o parcial de derechos del contrato a terceros⁶⁷.

8.2. Obligaciones del titular del establecimiento de alojamiento

Confidencialidad. Le afecta más porque las cláusulas las suele imponer la agencia de viajes.

Debe poner a disposición de la agencia de viajes un número de plazas (cupos o contingente)⁶⁸, durante un tiempo determinado⁶⁹. El hotelero debe respetar las reservas confirmadas o reservas comprometidas en firme, conforme a lo pactado. Puede pactarse genéricamente o específicamente en habitaciones o prestaciones determinadas. En ocasiones, el hotelero puede reducir el contingente, previo aviso en un plazo. Para ello se crean cláusulas como la del mínimo de ocupación correcta, en la que cabe reducción si se comprueba que

y bebidas servidos en el establecimiento para ser consumidos fuera del mismo, siendo la empresa explotadora del establecimiento la responsable de la infracción. Además, les obliga a superar un plan de calidad específico que deberá integrarse en los planes de modernización hotelera previstos.

⁶⁶ Lo que se daría existiera o no cláusula en tal sentido, puesto que la jurisprudencia ha señalado que las vicisitudes de las relaciones entre las agencias cedente del cupo y la cesionaria no afectan a la relación de la cedente con el hotelero. SAP de Baleares n.º 739/1998, de 14 de septiembre (*Actualidad Civil*, marginal 635, de 1999-1, p. 308).

⁶⁷ Con todo, las agencias suelen reservarse la facultad de ceder parte del cupo de este contrato a otras empresas asociadas jurídicamente con la misma.

⁶⁸ Los cupos se cuentan por persona o unidad, o por número de camas. A veces se emplea el término «pax», que es el número de personas que ocupan la unidad (habitación), incluyendo adultos y niños (tiene sentido la diferente denominación, ya que los precios se calculan por persona adulta y los niños tienen descuento, pero a la hora de prestar el servicio de alojamiento cuentan como una persona). Se especifican características de la unidad como categoría, posición, ocupación, equipamiento sanitario y suplementario, situación, tipo de habitación, etc.

⁶⁹ La duración se especifica por temporada: temporada de verano: 15 abril-31 octubre. Y se divide en periodos de 15 días (siempre 1 al 15 de julio), 1 mes o 1 mes y medio (siempre del 16 de julio a 31 agosto), dentro de un mismo contrato. En ocasiones se especifica que se presume que la estancia tendrá un mínimo de noches (que suele ser de 7).

en un plazo pactado no se ha cubierto un determinado porcentaje de plazas; o la cláusula de cupo igual al porcentaje medio de ocupación en un periodo de tiempo determinado.

Debe prestar el alojamiento, y los servicios complementarios⁷⁰ si las plazas se ocupan⁷¹.

Abstenerse de realizar actos o contratos que obstaculicen lo pactado, como contratación con otras agencias de viajes las mismas plazas⁷², o realizar actos de competencia desleal⁷³.

Abstenerse de aplicar precios inferiores a otras agencias o particulares, so pena de reducir el precio del contrato⁷⁴ (cláusula de paridad, que hemos tratado más arriba).

⁷⁰ Parte de los servicios complementarios suelen incluirse en el precio, en especial el régimen de media pensión. Incluidos vino y agua expresamente. Además, el hotel se obliga a prestar a sus clientes los servicios propios del mismo, de acuerdo con su categoría e instalaciones, garantizando que se encontrará en estado de funcionamiento, limpio y ordenado durante la vigencia del presente contrato. Se detallan en los contratos cuáles son los servicios e instalaciones del hotel: piscinas, equipamientos en las habitaciones y en el hotel, tipo de comidas, admisión de tarjetas de crédito, señalamiento de zonas de fumadores, guardería de animales domésticos, cóctel de bienvenida a costa del hotel, para los clientes, a su llegada, los viajes luna de miel hasta 3 meses después de la boda tendrán cesta de fruta y botella de champán en la llegada solo con previo aviso, cena de Navidad y de fin de año, etc.

El hotel se compromete a comunicar inmediatamente a la agencia los cambios de estándar y de las prestaciones que se produzcan después de la firma del contrato.

Los servicios ofertados por la parte contratante que no se hayan previsto en el presente contrato, así como los costes suplementarios, podrá liquidarlos directamente la parte contratante con el huésped.

⁷¹ La presentación de faxes dirigidos por la agencia al hotelero para efectuar la reserva se ha considerado prueba suficiente para acreditar tanto la realidad de la contratación como la prestación del servicio, sin necesidad de aportación de los bonos que suponen la prueba habitual de tal prestación, según se afirma en la SAP de Baleares n.º 530/1996 (*Base de Datos del Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares*). De esta misma sentencia se deduce que la presentación de los bonos sin que conste reclamación alguna por parte de los clientes se considera prueba suficiente de tal prestación de servicios.

⁷² Esta doble contratación de las mismas plazas es la generadora del problema de *overbooking*, que se da cuando se presentan en el hotel uno o más clientes con la correspondiente reserva. Esta situación de ordinario se prevé en el contrato, incluyendo cláusulas en las que el hotel que no puede alojar a uno o más clientes con la reserva debidamente confirmada se obliga a proporcionar alojamiento en un establecimiento de igual o superior categoría, de mutuo acuerdo con los representantes locales de la agencia, siendo de cuenta del hotel cualquier diferencia de precio que pudiera resultar. Además, el hotel se obliga a abonar las indemnizaciones que ha acordado pagar a la agencia, así como las derivadas de decisiones judiciales o administrativas.

⁷³ La parte contratante se obliga a no influir por ningún medio en los huéspedes del organizador con la finalidad de que estos se conviertan en sus clientes directos. En especial la parte contratante no debe ofrecer a estos huéspedes ninguna oferta por escrito ni realizar ninguna reserva de estos huéspedes para una fecha futura durante su alojamiento.

⁷⁴ El contrato suele contener cláusulas en la que obliga a aplicar el cupo y las condiciones económicas contratadas a clientes que provengan de otros mercados o que viajen con otras agencias.

En ocasiones, el hotel concede a la agencia exclusividad total en concepto de contingente preferente, o con exclusividad en el mercado de origen de la misma. A cambio, no es menos frecuente que la agencia

Facturar a la agencia conforme a lo pactado en el contrato⁷⁵.

Mantener la categoría del hotel toda la temporada, advirtiendo de los cambios internos y externos, de las obras o de la proximidad de locales ruidosos⁷⁶. El mantenimiento de la categoría es fundamental para la agencia de viajes, pues debe incluir obligatoriamente dicha información en el folleto informativo precontractual con la que publicita el viaje combinado (art. 153.1 3.º TRDCU).

Mantener las condiciones de seguridad y medio ambiente exigidas por la agencia, y que no tienen por qué corresponderse con las exigidas por la normativa administrativa, aunque suelen coincidir⁷⁷.

se comprometa o no a no contratar camas en la misma zona turística donde se encuentra ubicado el hotel, sin previo y expreso consentimiento de este, así como a no realizar ventas para el hotel en otros países que no sean los mencionados en el contrato.

Es posible también que el hotel no contrate una exclusividad con la agencia, pero se comprometa a informar a la agencia en caso de firmar con otras agencias y la agencia se reserva el derecho de modificar o anular este contrato en este caso.

⁷⁵ Facturación por estancias completas del régimen pactado, sin cargar ni descontar servicios sueltos.

El hotel envía a la agencia las facturas correspondientes a los servicios prestados por el hotel, con base en las condiciones de este contrato, como máximo a la salida de los clientes.

⁷⁶ La parte contratante está obligada a dar a conocer al organizador inmediatamente todas las circunstancias que puedan poner de alguna forma en duda o afectar a los servicios contratados (obras de construcción, ruidos molestos, inminentes medidas judiciales contra el hotel, dificultades o deficiencias que afecten a los servicios ofrecidos, obras en las cercanías, apertura de locales ruidosos, etc.).

⁷⁷ La normativa administrativa nacional, autonómica y local imponen una serie de medidas para garantizar la seguridad y el respeto al medio ambiente. El incumplimiento de tales normas da lugar a sanciones administrativas que pueden llegar hasta el cese de la actividad hotelera. No obstante, para que el incumplimiento de tales normas tenga una trascendencia contractual y permita a la agencia resolver el contrato de forma inmediata, se suelen incluir cláusulas que obligan al hotel a cumplir la legislación nacional, autonómica y local en lo que se refiere a las condiciones de seguridad y de medio ambiente.

En estas cláusulas, el hotelero garantiza que todas las instalaciones del hotel y sus anexos (piscina techada, piscina, pistas de tenis, plaza de juegos infantiles, etc.) cumplen completamente todas las exigencias de las autoridades en materia de seguridad. Esto rige de manera especial, pero no exclusiva, en relación con la protección contra incendios, medidas de prevención de accidentes, correcta ejecución de todas las instalaciones, tales como la del gas o electricidad. El hotelero asegura que todas las instalaciones tienen concedidos todos los permisos y licencias exigibles por las autoridades competentes. A tal efecto, puede incluirse una cláusula en la que el hotelero, a requerimiento de la agencia, deba mostrar inmediatamente los documentos acreditativos de las comprobaciones y permisos administrativos.

Por otra parte, la agencia exige expresamente que se le informe de las deficiencias constatadas por la inspección de las autoridades competentes, así como su inmediata subsanación.

Dado que los clientes objeto de este contrato suelen ser de países extranjeros, la agencia exige medidas de seguridad complementarias tales como que las indicaciones relacionadas con la seguridad de los huéspedes hayan de darse a conocer en símbolos o lenguaje generalmente comprensible, no solo de conformidad con las normas oficiales locales, sino también en la lengua nacional y en la del país donde la agencia vaya a comercializar las plazas. Aunque el principal instrumento de control de calidad de las

Contratar un seguro de responsabilidad civil para cubrir daños personales y materiales⁷⁸.

Obligación de no concurrencia con la agencia, tanto del hotelero como de sus empleados, en excursiones⁷⁹.

Colaborar con la agencia en sus actividades. Ello se traduce en contribuir en los gastos del guía contratado por la agencia: habitación o descuento en un porcentaje de facturación o una cantidad dineraria⁸⁰, en los gastos de promoción y cortesía⁸¹.

agencias de viajes a los hoteleros en los contratos de reserva de contingente es la inclusión *vía addendum* de criterios de calidad y seguridad, que implican al hotelero en un sistema de gestión para la higiene de comida y del agua basado en estándares como los Hazard Analysis Critical Control Points o HACCP (que incluye medidas para prevenir la legionela), controlados por empresas consultoras impuestas al hotelero por la agencia (tales como Safety First), para elevar los niveles de seguridad, salud e higiene de los clientes, por lo que, a partir de la entrega a la empresa consultora de un informe de seguridad de alojamiento elaborado por un técnico designado por la misma (*accommodation safety review*), se le otorgan a esta facultades de inspección, auditoría y evaluación de riesgos de los alojamientos en relación con la salud y la seguridad, obligándose el hotelero a cumplir con todas las recomendaciones que la consultora incluya como «críticas» en los plazos previstos en la carta de acuerdo por la que se contrató a la consultora.

En materia de medio ambiente, la exigencia de la agencia es creciente, hasta el punto de que puede llegar a exigir el cumplimiento de niveles estandarizados de calidad, tales como el ISO 14000. No obstante, lo habitual será que se exija por la agencia la cumplimentación de un cuestionario o lista de comprobación del medio ambiente, que serán rellenados conjuntamente por el hotelero y el guía o la agencia y formen parte del contrato.

⁷⁸ Se trata de una cláusula no exigida en todos los contratos.

⁷⁹ La agencia goza de exclusividad frente al hotel en la venta de excursiones para los clientes de la misma. A tal efecto, el hotelero está obligado a disponer de un espacio visible en lugar concurrido designado por el director del hotel para exponer su información.

El cambio de divisas y todos los servicios que presta en el momento de perfección del contrato suelen pactarse como exclusivos del hotel.

El alquiler de coches se pacta como exclusivo del hotel o del organizador a través de su guía.

⁸⁰ El hotel contribuye con alguna o algunas de las siguientes prestaciones:

- Una habitación, estudio o apartamento gratuito en habitación individual con ducha/WC (tipo huésped).
- El pago de una cantidad de dinero mensual, equivalente al gasto del número de guías que se pacten en régimen de media pensión.
- Una reducción sobre el precio de pago (que ronda el 0,5 %).
- Solo dos comidas gratis por día.

⁸¹ Es usual que el hotel tenga que colaborar en los gastos propios de la agencia. Cláusulas habituales son:

- *Drink* (copa) de bienvenida o para charlas informativas.
- Participación del hotelero en la promoción de la agencia, mediante la aportación de una cantidad de dinero o el descuento de una cantidad o un porcentaje del volumen de ventas.
- Aportación publicitaria para prospectos, indicando la marca, el tamaño deseado (p. ej. página entera), cantidad a aportar y fecha de pago (puede ser un descuento del pago de uno de los plazos garantizados). En todo caso, la agencia se reserva el derecho de modificar el tamaño y los costes de acuerdo a la disponibilidad del espacio.

Traspaso de las obligaciones del contrato al nuevo propietario o arrendatario, en el caso de que el hotel propiedad de la parte contratante cambiara de propietario o bien de arrendatario⁸², so pena de indemnización de daños y perjuicios.

Cumplir con la cláusula de exclusividad en el caso de que la haya pactado con la agencia. Por ella, el hotel se obliga a no contratar contratos en régimen de contingente con otras agencias, e incluso la contratación directa de reservas por el hotelero. Son propios de los contratos de reserva con garantía total. Deberá someterse a lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Reglamento (UE) n.º 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, por lo que será nula si el acuerdo afecta a más de un 30 % del mercado de referencia. Esta cláusula suele utilizarse por las agencias como defensa ante la reclamación de pago de las plazas por parte del hotelero, en caso de morosidad de la agencia. Y ello, porque ante las anulaciones de reservas confirmadas o los *no shows* de clientes de dicha agencia, el hotelero buscará cubrir dichas plazas con clientes directos o de otras agencias⁸³.

9. Incumplimiento del contrato

La jurisprudencia española sobre incumplimiento de este tipo de contratos no es abundante, ya que las partes suelen llegar a acuerdos rápidos, normalmente basados en acuerdos marco, llamados de colaboración⁸⁴, o bien han pactado que los litigios se sometan a arbitraje, o que la jurisdicción competente para entender el asunto sea la del domicilio de la agencia, reclamando el hotelero en el extranjero y sometiéndose voluntariamente a dicho fuero⁸⁵.

⁸² Siempre que ello no se oponga a las disposiciones legales o a los intereses legítimos del organizador.

⁸³ SAP de Baleares n.º 27/2004, de 29 enero, y SAP de Baleares 30 de junio de 2004, resuelta en casación por STS, Sala de lo Civil, Sección 1 a), n.º 375/2009, de 3 junio.

⁸⁴ Tales como el reflejado en el primer resultando de la STS n.º 76/1982, de 27 de febrero (*Jurisprudencia Civil. Enero-febrero, 1982*. 1983, 624-632). En su primer resultando se expresan los términos del acuerdo, que debía haberse realizado en cumplimiento de una de las cláusulas del contrato de reserva de contingente, pero que se celebró después de un acto de conciliación ante la Delegación Provincial de Turismo. En este contrato de colaboración se acordó que la Agencia mayorista alemana debía entregar los abonos de los que los clientes eran portadores a la empresa hotelera (que en este caso era otra agencia), como máximo a las 72 horas de la llegada de estos, para poder así cobrar las facturas, pero que, en caso de no cumplirse esta condición, las facturas serían cargadas directamente a la agencia española representante de la alemana, adjuntando simple relación de clientes. Por otra parte, se pactaba expresamente que los depósitos o anticipos por servicios de prestación futura que la agencia representante había entregado a la agencia que representaba al hotelero no podían ser compensados, sino que al final de la temporada, aquella debía haber liquidado todas las facturas y esta devolverlos.

⁸⁵ Existe en todos los contratos una cláusula de renuncia al fuero propio de las partes y sumisión expresa a una legislación y fuero judicial determinado, normalmente el del domicilio de la agencia, dado que es ella

9.1. Incumplimientos de la agencia de viajes

Los supuestos de incumplimiento contractual de las agencias de viajes tratados por la jurisprudencia española son:

Falta de pago del precio o de la totalidad del precio, alegando que parte del mismo se ha destinado a sufragar las cantidades entregadas a los clientes como consecuencia de las quejas de estos a la agencia⁸⁶ por el incumplimiento de todas o de parte de las prestaciones prometidas por esta y que se ejecutaron defectuosamente por el hotelero⁸⁷.

quien ha incluido tal cláusula en las condiciones generales. En estos casos, el hotelero demandante puede reclamar judicialmente la nulidad de la cláusula, siendo competente en este caso el juez del domicilio del demandante (art. 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación). En caso de no pactarse nada en este sentido, el tribunal competente será el del lugar de cumplimiento de la obligación, es decir, el del establecimiento hotelero, no el del lugar donde el contrato haya sido celebrado. La STS de 21 de mayo de 1993, rec. núm. 2622/1990 (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. 1993. Segundo trimestre. 1995, 840-845*) analiza el lugar de cumplimiento de un «contrato de reserva de plazas», con clausulado al dorso del contrato que incluye cláusulas sobre las plazas hoteleras cuya ocupación total se compromete entre las partes, a cambio de precios globales que se abonarán en determinadas fechas, con garantías, en su caso, de mínimos que de no alcanzarse en cuanto a la ocupación efectiva son, sin embargo, satisfechos. Una vez interpretado el contrato, se afirma que del mismo no se puede deducir que el lugar de cumplimiento de la obligación sea el de conclusión del contrato. Se entiende como lugar de cumplimiento, a falta de pacto, el lugar donde se prestan los servicios, por lo que confirma la sentencia de la audiencia.

⁸⁶ La normativa sobre viajes combinados (en la sentencia a la que nos referimos en esta nota, los artículos 4.7 y 5 de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, así como el artículo 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de viajes combinados) prevé que sea la agencia quien deba indemnizar al turista en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del viaje combinado, sin considerar si tal incumplimiento se debe a la propia agencia o al transportista, hotelero o empresario que haya ejecutado el contrato. A ello debe añadirse una cantidad derivada del daño moral derivado de la frustración de las vacaciones, que la jurisprudencia (SAP de Barcelona de 13 de mayo de 1991 y SAP de Lérida de 12 de marzo de 1998) imputa a la Agencia. (cfr. Alcover Garau, 1999, 701-702). Esta responsabilidad se predica también de las agencias de viaje organizadora y minorista (solidariamente frente al viajero) en el actual artículo 161 del TRDCU.

⁸⁷ Normalmente este incumplimiento de la agencia trae su causa de un incumplimiento previo por parte del hotelero. De ahí que sea frecuente que las partes solventen estas situaciones por medio de acuerdos, que siguen reglas establecidas en el contrato de reserva de contingente tales como que las indemnizaciones se pactarán, por escrito, como descuentos o retenciones por parte de la agencia en caso de que haya reclamaciones de los clientes (que tendrán derecho a que la agencia, y no el hotelero, les indemnice conforme a la normativa de viajes combinados), así como también se exigen condiciones formales que deban reunir las reclamaciones, tales como que la reclamación se presente por escrito, a veces exigido fehacientemente, a la dirección del hotel durante la estancia del cliente de que se trate y, en todo caso que el cliente no haya aceptado compensación del hotel (que no estaba obligado a entregar pero que sí puede haberse pactado en el marco del pacto de compensación que se haya podido pactar entre el hotel y la agencia).

Falta de pago de la garantía, total o parcial, para forzar con ello la renegociación de los cupos⁸⁸, o por considerar la agencia que ha pagado suficiente y para evitar mayores pérdidas en caso de que el mercado no responda⁸⁹, o que las que no respondan sean las agencias a las que se les pretendía ceder los contingentes⁹⁰.

La reclamación del pago correspondiente a las plazas confirmadas o a las plazas garantizadas implica, normalmente, una labor de diligencia por parte del hotelero, que se traduce en reclamar en un breve plazo, de días, y en ocasiones se refleja contractualmente⁹¹.

La reclamación del precio de las plazas confirmadas o garantizadas por parte del hotelero suele contestarse por la agencia de viajes alegando enriquecimiento injusto, puesto que

⁸⁸ Como en la SAP de Baleares n.º 502/1997, de 10 de julio de 1997 (*Aranzadi Civil* 1997\1546), en la que la agencia remitió un fax al hotelero en el que comunicaba su decisión unilateral de reducir el periodo de garantía del 31 de octubre al 31 de agosto, así como la modificación del sistema de pago de las reservas del mes de septiembre, que las pagaría a la salida de los clientes. El tribunal consideró que tal actuación no era una novación modificativa aceptada por el hotelero, ya que el hecho de que aceptara clientes de la agencia, no facturándolas a la misma, no se puede entender como aceptación de la novación, que debe constar expresamente. La carga de la prueba de la efectiva ocupación de las habitaciones por clientes que no procedían de la agencia incumbió a esta y se consideró insuficiente por basarse el peritaje en un documento confeccionado exclusivamente por esta. En el fallo, el tribunal afirmó que el hotelero tenía derecho a la totalidad del precio en virtud del pacto de garantía de 100 %, que excluía cualquier tipo de reclamación por enriquecimiento injusto.

⁸⁹ Se trata de supuestos de incumplimiento contractual que permiten al hotelero reclamar judicialmente el importe de dichos pagos no efectuados, aunque en ocasiones, dada la frecuencia de estos incumplimientos por parte de las agencias, los hoteleros suelen tener concertado un seguro para el cobro de impagados que les cubre el riesgo de los impagados hasta una fecha determinada. En concreto, Zontur tenía cubierto el riesgo de impago de las garantías de LTU Touristik Gesellschaft MBH (más de 1.000 millones de pesetas) hasta el mes de septiembre de 2001, mediante un contrato de seguro con la compañía aseguradora Zürich. (*Última Hora*, 7 de octubre de 2001, p. 17).

⁹⁰ STS n.º 613/1986, de 23 de octubre (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. 1986. Cuarto trimestre. 1987, 456-462*), citada por Martínez Nadal (1995, p. 39, nota 24). En él se pactó un contrato de reserva de plazas hoteleras en régimen de contingente conforme a la regulación del Reglamento de Agencias de Viajes de 1974, en el que se acordó una reserva de plazas garantizadas al 100 %, susceptibles de ser ocupadas sin *release* o aviso previo, cuya garantía sería pagada en 12 mensualidades; así como la reserva de otro número de plazas en régimen de contingente no garantizado con un *release* de 14 días y pago de las plazas ocupadas a los 15 días de la salida. Ante la anulación total de las reservas efectuada por la agencia, se solicita por el actor la «indemnización» del 50 % de la suma anulada. A pesar de no haberse probado el perjuicio causado por tal anulación, el tribunal concede la «indemnización» al considerar que en realidad el concepto de «indemnización» del artículo 70 del Reglamento de Agencias de Viajes en la que se fundamenta se refiere a «equivalencia» o contraprestación», al efecto de evitar, si fuere posible, el rigor de la satisfacción total del contrato de agencia incumplido.

⁹¹ La SAP de Baleares (Sección 3.ª) n.º 319/2013, de 13 septiembre (AC\2013\1679) resuelve que en la cláusula que establece el «caso de incumplimiento de los pagos estipulados para las plazas confirmadas, el hotel requerirá a su conotorgante para que los abone en un plazo de quince días, transcurrido este sin que se haya realizado el pago, se entenderá que el contrato queda anulado y sin efectos».

además de cobrar el precio, habrá podido ocupar las plazas. En estos casos, la prueba de ocupación de las plazas hoteleras corresponde a la agencia⁹². La jurisprudencia es oscilante al respecto. Existen sentencias que afirman que el cobro de ambas cantidades es lícito, pues el hotelero actúa conforme a lo pactado y sin incumplir sus obligaciones contractuales⁹³. Aunque la mayoría entienden que sí existe enriquecimiento injusto⁹⁴. Una justificación alternativa de la validez del cobro sería la de considerar que la cantidad dada en garantía es una cláusula penal liquidatoria o estimativa (Estancona Pérez, 2017, nota 20), a la que aplicaríamos el artículo 56 del CCom.:

En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario.

Otra justificación posible de la reducción del importe a cobrar por el hotelero sería que el hotelero, en virtud del principio de buena fe contenido en todos los contratos (art. 1258 CC y 57 CCom.), tiene una obligación implícita de mitigar las pérdidas del incumplidor, lo que le obligaría, en la medida de lo posible, a ocupar dichas plazas, y de ocuparlas efectivamente, deducir el importe obtenido de la indemnización de daños y perjuicios⁹⁵ (en igual sentido que en una compraventa de reemplazo).

Incumplimiento del deber de información del estado de ventas, antes de que llegue el plazo de *release*. Puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios ex artículo 1.101 del Código Civil, lo que se justifica especialmente en casos de que el plazo sea muy breve (una

⁹² SAP de Baleares n.º 502/1997, de 10 julio, SAP de Baleares n.º 516/2006, de 30 noviembre y SAP de Baleares (Sección 3.ª) 319/2013, de 13 septiembre (AC\2013\1679). Aunque en este caso, el hotelero había presentado el listado de entradas y salidas. Cita la STS de 3 de diciembre de 1992, relativa a un supuesto de contrato de reserva de plaza hotelera que resuelve en el mismo sentido. Aunque sería más razonable que fuera el hotelero quien deba probar, pues la agencia se vería obligada a pedir la documentación al alojamiento hotelero y, además, confiar en su veracidad. (Alcover Garau, 1998, 651-652).

⁹³ STS n.º 44/2016, de 1 julio, que rechazaba la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto «cuando la propietaria del hotel, conforme al contrato celebrado, y tras el incumplimiento del plazo por parte de la demandada del correspondiente preaviso de 28 días de antelación para la realización de la correspondiente reserva, dispuso de dichas plazas hoteleras para ofertarlas a otros clientes, pues actuó según lo pactado y sin incumplir sus obligaciones contractuales».

⁹⁴ En los contratos de reserva sin plazo de *release* o con garantía de ocupación mínima: SAP de Baleares n.º 502/1997 de 10 julio y SAP de Baleares n.º 516/2006, de 30 noviembre, y respecto de un contrato parcialmente con *release* y parcialmente garantizado, SAP de Baleares (Sección 3.ª) n.º 27/2004, de 29 enero (JUR\2004\81139).

⁹⁵ «Por el principio de que los daños y perjuicios indemnizables son los verdaderamente sufridos o probados como tales, deducir lo que ganó la actora (hotelero) al contratar con el otro turoperador tras desentenderse la demandada (agencia de viajes) de sus obligaciones» (STS 375/2009, de 3 de junio [NCJ050476]).

semana o inferior), porque en tal caso el hotelero se ve con poco margen de maniobra para ocuparlas⁹⁶, aunque lo más habitual es que el hotelero ejerza su facultad, normalmente reconocida en el contrato, de reducir unilateralmente el cupo de plazas reservadas (y no garantizadas).

Incumplimiento del deber de entrega de la *rooming list*. En principio, la falta de entrega de la lista de habitaciones libera al hotelero de las reservas correspondientes una vez cumplido el plazo de *release*. En caso de no haberse pactado nada sobre la obligación de la agencia de remitir la *rooming list*, la agencia no está obligada a ocupar las plazas reservadas⁹⁷.

Anulación por la agencia⁹⁸ o incomparecencia del turista (*no show*). En estos casos, aunque la incomparecencia sea imputable al turista⁹⁹, corresponde a la agencia el pago de las indemnizaciones derivadas de su incumplimiento contractual¹⁰⁰. En otras ocasiones, ha sido la agencia la que ha sido negligente, al no enviar comunicación anticipada de la cancelación

⁹⁶ Se recoge, *obiter dicta*, en SAP de Baleares, n.º 578/1999, de 12 de julio (*Aranzadi Civil* 1999\7885). Haciendo referencia a la sentencia de primera instancia del Juzgado de 1ª instancia n.º 2 de Palma de Mallorca.

⁹⁷ SAP de Baleares n.º 578/1999, de 12 de julio (*Aranzadi Civil* 1999\7885).

⁹⁸ Un supuesto complejo y a la vez paradigmático de la actuación de los hoteleros y las agencias es el reflejado en la STS 1127/1992, de 3 de diciembre (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. 1992. Cuarto trimestre*. 1995, 1.299-1.304). Comentada por Martínez Nadal (1995, pp. 79-82, 86-91) y Rodés (1993, p. 1.046-1.050). En este supuesto la agencia, que no había informado al hotelero sobre el estado de ventas, notificó antes del plazo de *release* el número de plazas que pretendía ocupar y que suponía una cantidad muy inferior al número de plazas reservadas en el contrato de contingente hotelero. El hotelero redujo unilateralmente el número de plazas reservadas pero no confirmadas por la agencia. La agencia resolvió unilateralmente el contrato de reserva y procedió a recolocar a sus clientes con plazas todavía no confirmadas, reclamando daños y perjuicios. El tribunal consideró que la agencia no debía responder de las plazas reservadas y no ocupadas anteriores a la resolución unilateral del contrato de reserva de cupo, pero sí debía responder de los daños y perjuicios derivados de la falta de ocupación de las plazas reservadas con posterioridad, al no haber probado que durante el tiempo de desocupación de las mismas estas pudieron ser alquiladas por el hotelero a otros usuarios.

⁹⁹ El artículo 157 del TRDCU regula la posibilidad de que el viajero ceda su reserva, y el artículo 160.1 de que resuelva unilateralmente el contrato. En este último supuesto, la agencia, que verá incumplido el contrato de contingente respecto a la plaza ocupada por el turista, tendrá derecho a reclamar al viajero «una penalización tipo que sea razonable basada en la antelación de la resolución del contrato con respecto al inicio del viaje combinado y en el ahorro de costes y los ingresos esperados por la utilización alternativa de los servicios de viaje. En ausencia de una penalización tipo, el importe de la penalización por la resolución del contrato equivaldrá al precio del viaje combinado menos el ahorro de costes y los ingresos derivados de la utilización alternativa de los servicios de viaje. El organizador o, en su caso, el minorista, deberá facilitar al viajero que lo solicite una justificación del importe de la penalización».

¹⁰⁰ STS n.º 223/1988, de 21 de marzo (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. 1988. Primer trimestre*. 1990, 1.246-1.249). El hotelero reclamó la cantidad de dinero correspondiente a las plazas hoteleras que habían sido reservadas por Viajes Cave y anuladas o incumplidas por la misma, así como los daños y perjuicios correspondientes. Analiza el valor como prueba del documento en que la sentencia de apelación ha basado su decisión.

de la plaza confirmada, lo que ha dado lugar a que deba tener que pagar la integridad del precio sin facultad de moderación de la indemnización conforme al artículo 1.103 del CC¹⁰¹.

Otros posibles incumplimientos, tales como el incumplimiento del deber de comercialización¹⁰², el del contrato de exclusiva de zona, o el de exclusiva de mercado de origen, no han sido objeto de contienda judicial.

9.2. Incumplimientos del titular del alojamiento

En estos casos, se suelen incluir en los contratos cláusulas que pretenden el resarcimiento directo de la agencia frente al hotelero de las consecuencias perjudiciales que la actitud de este haya generado a aquella, en especial, la repetición de las indemnizaciones derivadas de las reclamaciones del turista¹⁰³. Los casos de incumplimiento del hotelero tratados por la jurisprudencia española son:

Overbooking. El incumplimiento que supone la contratación de más de una reserva sobre la misma plaza ha sido declarado como incumplimiento por la jurisprudencia al no admitirse como uso de la industria hotelera¹⁰⁴. Se trata de una situación que se prevé en todos los contratos de reserva de contingente, y obliga al hotelero a correr con el importe de las indemnizaciones o con los gastos de recolocación de los clientes de la agencia en otros hoteles de la misma zona y de categoría similar.

No realización o prestación defectuosa de los servicios pactados al viajero. Aunque el derecho de repetición se reconoce en el artículo 161.1 del TRDCU, en estos casos la Agencia, que normalmente ha incluido en el contrato de viaje combinado un compromiso

¹⁰¹ SAP de Baleares n.º 411/2009 de 29 octubre (JUR\2009\488353).

¹⁰² Sí mencionado por Petit Lavall (1999, 9.463-9.464).

¹⁰³ En estos supuestos, es importantísimo probar que estos pagos han sido realizados, no bastando para ello la presentación de los *holidays reports* o boletines de reclamación de los clientes, dada la interpretación restrictiva de los tribunales en esta materia, tal y como se aprecia en la Sentencia de la Sección 16.º de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo de 1997 (*Actualidad Civil*, marginal 2669, de 1997-4, p. 1748 de Audiencias).

¹⁰⁴ STS 324/1993, de 2 de abril (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. 1993. Segundo trimestre. 1995*, 29-32). Las partes concertaron un contrato de «servicios y alojamientos turísticos» que no ha sido discutido. Tanto en primera instancia como en casación se condenó a la agencia por incumplimiento de contrato. La agencia pretende en casación la aplicación del Reglamento de Agencias de Viajes de 1974 y normativa concordante, en vez de la aplicación del Código Civil. El recurso es rechazado por defectos formales. Se rechaza la aplicación de un pretendido uso de los contratos de arrendamiento turístico alegado por la agencia, consistente en «entender implícita la anulación de reserva de habitaciones, siempre que haya parte contractual perjudicada que se oponga a ello», por ser un uso contrario al artículo 1.256 del CC. La agencia cita en su recurso otros usos opuestos a lo convenido, tales como el *overbooking*, que el Tribunal Supremo entiende inadmisibles en la teoría general de los contratos civiles.

de solución amigable con el cliente manifestado en su recolocación o en el pago de una indemnización, ha previsto en el contrato de reserva de cupo con el hotelero que este asuma el importe de dichas indemnizaciones o recolocaciones, siempre que estas se deban a cualquier acto, incluso negligente o culposo, del hotelero. Suele pactarse además que tal asunción de obligaciones por parte del hotelero abarque también el importe de las indemnizaciones fijadas en sentencia y los gastos adicionales, en el caso de que el turista hubiere reclamado a la agencia por vía judicial, o se hubiesen determinado extrajudicialmente. Es frecuente que viajeros reclamen a la agencia en su país de origen por infecciones gástricas por salmonela en el hotel. En general, los hoteleros han reembolsado el importe de dichas reclamaciones a las agencias, que habían satisfecho estas a los viajeros solo con que estos presentaran una factura de la farmacia, pero cuando los hoteleros se han opuesto al reembolso, las agencias han reclamado el importe ante los tribunales, alegando que les basta la prueba de haber satisfecho determinadas cantidades a quienes resultaren perjudicados, sin que aquel contra el que se dirige la acción de repetición pueda exigir la justificación de la procedencia de la cantidad así satisfecha. Los tribunales han entendido que, en virtud del artículo 1.283 del CC, a pesar de la dicción literal de las cláusulas, los pagos reembolsables son solo los debidos, válidos y eficaces, y como tales deben ser probados, lo que no ha ocurrido en gran parte de los casos¹⁰⁵.

Realización de obras u otras actividades molestas. Lo habitual es que en los contratos de reserva de contingente se incluya una cláusula en este sentido, pero aun sin ella, la jurisprudencia ha admitido que los ruidos y polvo derivados de las obras realizadas en la recepción de un hotel en época turísticamente significada, acreditadas por los boletines de reclamación de los clientes y mediante fotografías afectaban a su descanso y justificaban el pago de las indemnizaciones o la recolocación de los turistas, y la repercusión de las indemnizaciones y los gastos de recolocación al hotelero, al considerar que este había incumplido con el contrato, a pesar de haber seguido prestando la totalidad de los servicios durante las obras¹⁰⁶. No basta con probar que las obras se realizaron, sino que estas gen-

¹⁰⁵ SAP de Baleares (Sección 3.ª) 202/2015, de 3 julio (JUR\2015\182238). Las cláusulas cuyo incumplimiento se alegaba eran:

- b. Si como consecuencia del incumplimiento por parte del Propietario de alguna de las cláusulas de este contrato, el Operador Turístico se viera obligado a realizar una devolución o un pago a algún cliente, el Propietario deberá rembolsar al Operador Turístico el monto de la devolución o del pago realizado, dando justificante de pago si se solicita.
- d) El Establecimiento Turístico cumple con la normativa y usos nacionales, locales y comerciales, relativos a la higiene, a incendios, seguridad y otras normas generales para todos aquellos que utilizan el Establecimiento Turístico, en todos los aspectos, y mantendrá al Operador Turístico, a sus empleados, agentes, representantes, Clientes y a cualquier tercero, indemnes y libres de responsabilidad respecto a las pérdidas, gastos o costes en que aquellos incurrieran por cualquier reclamación realizada a las personas mencionadas, como consecuencia del incumplimiento por parte del Establecimiento Turístico de dicha normativa y usos.

¹⁰⁶ La empresa demandante fue la hotelera, dado que la Agencia había retenido de la facturación producida el importe de las cantidades que decía haber satisfecho a los clientes. SAP de Barcelona (Sección 16.ª),

eraron molestias en los clientes de la agencia, por lo que la ausencia de quejas de estos se considera significativa para entender que el hotelero no incumplió¹⁰⁷.

No han sido objeto de controversia judicial la obstaculización o falta de colaboración con el guía o representante de la agencia, el incumplimiento de exclusivas de mercado o de no concurrencia en excursiones..., el establecimiento de precios diferentes a los pactados, la modificación de la categoría del hotel¹⁰⁸, la no contribución a los gastos compartidos de guía, la falta de aportación de lo necesario para la realización del folleto o el incumplimiento de las medidas de seguridad o medio ambiente.

Es frecuente que los contratos recojan supuestos específicos de exoneración de responsabilidades o de interrupción del contrato por causa de fuerza mayor¹⁰⁹.

10. Duración del contrato

El contrato de reserva de cupo suele ser un contrato de una, dos o tres temporadas turísticas, que las partes van renovando, muchas veces en cumplimiento de cláusulas explícitas de renovación automática del contrato por un periodo igual (normalmente, por otra temporada), salvo preaviso en contrario, en un plazo razonable (de meses, normalmente)¹¹⁰.

En este tipo de contratos, la cuestión que podría plantearse es la de si cabe la renovación por tracto sucesivo, en cuyo caso, la nueva duración sería la de otra temporada, de

de 21 de marzo de 1997. (*Actualidad Civil*, marginal 2669, de 1997-4, p. 1748 de Audiencias). Ambas ampliamente comentadas en Rodés (1998, p. 523-532).

¹⁰⁷ SAP de Baleares (Sección 3.ª) n.º 305/2004, de 30 de junio. Se alegó como defensa por la agencia, frente a su impago, que el retraso en la finalización de las obras, que no acabaron antes del comienzo de la temporada, había causado un incumplimiento del contrato de reserva con garantía.

¹⁰⁸ Aunque sí se ha alegado el error del consentimiento a la hora de contratar sobre la categoría del establecimiento como medida defensiva de la agencia ante la reclamación del hotelero del pago de la garantía, en un contrato de reserva con garantía (SAP de Barcelona, sección 19.ª, n.º 89/2006, de 24 de febrero).

¹⁰⁹ Para supuestos tales como guerra, huelgas, catástrofes, epidemias u otros análogos, *factum principis* e incluso «circunstancias económicas que redunden especialmente en la disposición del público de contratar y efectuar viajes a la región donde se encuentre el hotel». En estos casos se prevé la suspensión del contrato, así como el compromiso de que las partes buscarán conjuntamente soluciones para reducir en lo posible los perjuicios de ambas (cláusula *hardship*).

¹¹⁰ Es poco frecuente ver contratos de mayor duración, aunque existen (las SAP de Baleares n.º 27/2004, de 29 enero, y de 30 de junio de 2004, resuelta en casación por la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 375/2009, de 3 junio, tratan cuestiones referidas a un contrato de reserva plurianual con cláusula de exclusividad).

aplicar las normas del arrendamiento (art. 1.581 CC), o la de convertir el contrato en indefinido (art. 24.2 Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia)¹¹¹.

Tal y como hemos tratado en el epígrafe de la naturaleza jurídica, así como para el contrato de garantía cabría aplicar el régimen de tácita reconducción del contrato de arrendamiento, al contrato de reserva de contingente debería aplicársele supletoriamente la ley del contrato de agencia, con lo que ello implica: entender que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido si no se establece un plazo por vía contractual (art. 23), tácita reconducción del contrato a un contrato por tiempo indefinido si las partes continúan ejecutándolo una vez finalizada la temporada (art. 24.2), y posibilidad de extinción del contrato mediante preaviso por escrito en ambos casos (art. 25.1). Preaviso que «será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes» (art. 25.2). Y preaviso de igual duración para ambas partes (art. 25.3). Aunque no será necesario preaviso en caso de incumplimiento contractual de la contraparte o cuando esta se declare en concurso (art. 26).

De ambas opciones, los usos de comercio son más acordes con aplicar la opción de la táctica reconducción del arrendamiento, es decir, en caso de que no se pacte otra cosa, el contrato suele considerarse como prorrogado, en los mismos términos, la temporada siguiente, entendiéndose los preavisos con meses de antelación, que es cuando se negocian los contratos para la temporada siguiente. Aunque lo más habitual es la novación parcial de dichos contratos (renegociando, sobre todo, contingentes y precios). Es decir, se aplica el régimen propio de los contratos de arrendamiento, como así ha admitido la jurisprudencia menor para contratos de garantía. En todo caso, ante la inseguridad jurídica que pueda plantearse, es conveniente que las partes prevean expresamente las condiciones de la prórroga tácita del contrato, en especial, su duración y las características del preaviso.

Por otra parte, la aplicación supletoria del régimen del contrato de agencia puede plantear la duda de la aplicación de los artículos 28 a 31 sobre indemnización al agente. Como ya hemos mencionado más arriba, la aplicación analógica de estas normas es razonable siempre que exista identidad de razón.

La Ley del contrato de agencia establece en el artículo 28 una indemnización por la clientela generada por el agente, para protegerlo frente al poderoso principal¹¹². No parece razon-

¹¹¹ En un sentido similar, el Reglamento (UE) n.º 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, sobre restricciones verticales, que señala que «una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un periodo de cinco años será considerada como de duración indefinida (art. 5)». En un mercado tan variable como el turístico, no son frecuentes las cláusulas superiores a cinco años.

¹¹² Artículo 28. *Indemnización por clientela*.

1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente

able aplicar esta norma al contrato de contingente, donde la agencia de viajes normalmente tiene una posición más poderosa que el hotelero, o, al menos, actúan en pie de igualdad, y donde el riesgo de que el hotelero saque ventaja de la clientela creada por el agente es mínimo. En efecto, la clientela creada por la agencia de viajes es esencialmente distinta de la eventual clientela posible que realice reservas directas en el hotel. Los clientes de la agencia de viajes buscan un viaje combinado, más barato y con mayores garantías que la reserva directa, por separado, de vuelo y hotel. Por ello, entendemos que, al no existir identidad de razón, no cabe aplicar analógicamente el artículo 28 de la Ley del contrato de agencia, como norma supletoria, y que, en caso de entenderse aplicable, esta aplicación no sea imperativa, permitiendo que las partes pacten otras condiciones más beneficiosas para el hotelero.

Lo mismo puede decirse de la indemnización prevista en el artículo 29 de la Ley de contrato de agencia¹¹³. El equilibrio entre las partes, o, incluso, el carácter dominante del agente (aquí la agencia de viajes organizadora), justifica la inaplicación imperativa de dicho artículo, ideado para la protección de un agente que, en el contrato de contingente, no necesita protección. Por ello, nada impide que una cláusula indemnizatoria incluida en el contrato pueda excluir, expresa o tácitamente, la indemnización por parte del hotelero al agente de las inversiones no amortizadas por parte de este, cuando el hotelero denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida. Es más, lo lógico sería aplicar analógicamente este precepto en favor del hotelero, que suele ser quien debe realizar las inversiones impuestas por la agencia de viajes organizadora para que esta incluya dichas plazas en los paquetes que va a comercializar, y que suele ser quien corre con el riesgo de la denuncia unilateral del contrato por parte de la agencia de viajes.

11. Conclusiones

El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente es un contrato íntimamente ligado al contrato de viajes combinados y presupuesto del mismo. Per-

procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.
3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el periodo de duración del contrato, si este fuese inferior.

¹¹³ Artículo 29. *Indemnización de daños y perjuicios.*

Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.

mite a la agencia de viajes organizadora asegurar las plazas de alojamiento que necesitará para configurar el viaje combinado sin necesidad de pagar su precio íntegramente y constituye un canal importante de comercialización de las plazas de alojamiento del hotelero (junto con la reserva directa, la reserva mediante agencias de viaje *online* y la realizada por medio de centrales de reserva).

Se trata de un contrato atípico, aunque socialmente típico, puesto que las cláusulas que se repiten en los contratos de contingente son similares en todo el mundo. Las principales características que lo diferencian de otros contratos similares, como los contratos de garantía, son la existencia de un periodo de *release*, durante el cual la agencia organizadora no tiene las plazas comprometidas en firme, y la necesaria comunicación de la ocupación de las plazas en firme, mediante el envío de una *rooming list*.

Como contrato atípico, la determinación de su naturaleza jurídica resulta relevante para integrar las lagunas contractuales. La doctrina ha intentado determinar la naturaleza jurídica del contrato, si bien no se ha alcanzado una opinión unánime al respecto. Dos son las posiciones dominantes: la de considerarlo como un precontrato de alojamiento con estipulación a favor de tercero (lo que permitiría al viajero reclamar no solo contra la agencia de viajes, sino también contra el hotelero), y la de calificarlo como un contrato de comisión indirecta irrevocable (lo que impediría la acción directa del viajero contra el hotelero, posición conforme con la regulación de viajes combinados, que no prevé dicha acción directa). En el presente artículo defendemos esta última posición, aunque añadimos el elemento de tracto sucesivo, para calificarlo como contrato de agencia, si bien entendemos que la aplicación de la Ley del contrato de agencia y la del contrato de comisión como supletorias, lo será sin considerar dichas normas como imperativas, pues la agencia de viajes no está en una posición de inferioridad frente al hotelero.

En nuestro análisis del clausulado, destacamos la obligación de la agencia organizadora de comercialización de las plazas hoteleras como una obligación de medios hasta la finalización del periodo de *release*, y de resultado una vez enviada la *rooming list*. Detallamos los importantes derechos de información de la evolución de las ventas de dichas plazas, y cómo se concreta la ocupación de las mismas, así como la peculiar forma de acreditar la prestación del servicio por parte del hotelero (por medio de vouchers), y los usos de comercio aplicados al cobro. De la cláusula sobre precios, analizamos las cláusulas de paridad, afirmando que solo serán nulas cuando el agente organizador que las impone tenga una cuota de mercado superior al 30 %, salvo cuando deba aplicarlas el hotelero en su canal de venta directa, en cuyo caso son, en principio, nulas independientemente de la cuota de mercado que tenga el organizador. Detallamos seguidamente las cláusulas que obligan al hotelero, de entre las que destacan la obligación de este de mantener la categoría del hotel, la de cumplir no solo con los estándares legales de su país, sino con los complementarios impuestos por la agencia organizadora, y la de no incurrir en sobrecontratación (caso de hacerlo, a la posible sanción administrativa se le añadiría la sanción contractual).

La conflictividad de estos contratos suele dirimirse fuera de los tribunales. No obstante, la jurisprudencia sí ha tratado cuestiones derivadas de los impagos de la agencia organizadora al hotelero. Los más frecuentes han sido:

- Los derivados del impago de las plazas garantizadas, o por las confirmadas y no ocupadas (*no shows*), en los que la jurisprudencia mayoritaria entiende que el hotelero no tiene derecho a cobrar el importe de las plazas confirmadas que hubieran sido ocupadas por terceros, pues ello supondría un enriquecimiento injusto e iría contra el principio de buena fe, que obliga al hotelero a mitigar las pérdidas.
- Los derivados del *overbooking*, que la jurisprudencia entiende como incumplimiento contractual y no como uso de la industria hotelera.
- Los derivados de las reclamaciones de los viajeros, que estos no pueden reclamar judicialmente contra el hotelero, sino contra la agencia de viajes organizadora. Ello ha derivado en indefensión del hotelero, en casos en los que la agencia ha indemnizado a los viajeros con meras pruebas indiciarias por parte de estos, y luego le ha repercutido el importe de la indemnización íntegramente al hotelero. En estos casos, la jurisprudencia española ha sido exigente con las agencias, reduciendo el importe de los reembolsos a los realmente probados.

Finalmente, el análisis de la duración del contrato nos ha llevado a aplicar las normas del contrato de arrendamiento a los supuestos de tácita reconducción, como más adaptados a la realidad de la industria turística, si bien, hemos analizado las consecuencias de una aplicación analógica de las normas del contrato de agencia. Normas que, en lo referente a la indemnización por clientela y por las inversiones realizadas por la agencia de viajes, no pueden entenderse como imperativas aplicadas a los contratos de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente.

Referencias bibliográficas

Alcover Garau, G. (1998). Aproximación al régimen jurídico del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente. *Revista de Derecho Mercantil*, 228.

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

Badenas Carpio, J. M. (2000). Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje. *Actualidad Civil*, 16, 619-634.

Blanquer, D. (1999). *Derecho del Turismo*. Valencia.

Estancona Pérez, A. (2017). A vueltas con el enriquecimiento injusto en los contratos de

- reserva de alojamiento hotelero en régimen de contingente. *Revista de Derecho Patrimonial*, 44.
- Gil Conde, S. (2006). La garantía de ocupación efectiva en el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 82(695).
- Haza Díaz, P. de la (1997). *El contrato de viaje combinado*. Madrid.
- López Frías, A. (1994). *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona.
- Martínez Cañellas, A. (2014). Contracte d'allotjament (d'estades turístiques) en habitatges versus contracte d'arrendament de temporada, en la regulació jurídica del turisme a Balears. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 12, 135 a 138.
- Martínez Nadal, A. (2012). El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente. En *Contratos Mercantiles*. (5.ª ed.). Aranzadi.
- Martínez Nadal, A. (1995). *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*. Barcelona.
- Petit Lavall, M. V. (1999). El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente. *Revista General del Derecho*, 658-659.
- Rodés, J. E. (1993). El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente en el ordenamiento español. *Revista Jurídica de Cataluña*.
- Rodés, J. E. (1998). Compensaciones y sobrecostos repercutibles por alojamiento alternativo ante el cumplimiento defectuoso en el contrato de reserva de alojamiento. *Revista Jurídica de Cataluña*, 523-532.
- Viñuelas Sanz, M. (2003). Naturaleza jurídica del contrato de reserva de un cupo de plazas de alojamiento. En *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*.