

# El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos

*Right of cancellation in case of booking of tourist accommodation*

**ANTONIO GÁLVEZ CRIADO**  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Málaga (España)

ancr@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0003-4399-0879>

**Resumen:** Este artículo estudia el reconocimiento al usuario de un derecho de cancelación (contractual, unilateral y ad nutum) de la reserva de un alojamiento turístico. Esta posibilidad se ha convertido en la práctica en un medio idóneo para arbitrar una solución razonable, clara y rápida ante posibles dificultades o nuevos intereses del usuario surgidos con posterioridad al contrato. El ejercicio de este derecho, que producirá la extinción del contrato, puede conllevar el abono/pérdida de una penalización por parte del usuario conforme a lo pactado.

Aparte de la regulación contractual, es frecuente encontrar una detallada regulación del derecho de cancelación del usuario y sus consecuencias jurídicas en la normativa autonómica reguladora de la actividad turística, cuya aplicación suele establecerse como supletoria.

En este trabajo se analiza el régimen jurídico de las cancelaciones, reservas y penalizaciones en estos contratos y sus relaciones con las reglas generales de las obligaciones contractuales.

**Abstract:** *This article studies the recognition of the traveler's right of cancellation (contractual, unilateral and ad nutum) of reservation of tourist accommodations. This option offered to a traveler has become in practice a suitable means to provide a reasonable, clear, and quick solution to possible*

Recepción: 17/02/2021

Aceptación: 29/03/2021

Cómo citar este trabajo: GÁLVEZ CRIADO, Antonio, “El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*., n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 65-102, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.4>

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I+D+I UMA-18-FEDERJA-132 titulado “los alojamientos turísticos contratados entre particulares en plataformas colaborativas”, dentro del programa FEDER Andalucía 2014-2020, dirigido por la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera y el Dr. Antonio Gálvez Criado.

*difficulties or new interests of the traveler that may arise after the conclusion of the contract. The exercise of this right results in the termination of the contract and may entail the payment/forfeiture of a penalty by the traveler in accordance with the agreement.*

*This right is regulated by contractual provisions. In default, it will be ruled by the regulation of the traveler's right of cancellation provided for in the regulation of tourism activity in the respective autonomous community, which is usually very detailed.*

*This paper analyses the legal regimen of cancellations, reservations, and penalties in these contracts and their links with the general rules of contractual obligations.*

**Palabras clave:** Desistimiento, Cancelación, Alojamiento turístico, Anticipo, Reserva, Penalización

**Key words:** *Right to cancellation, Tourist accommodation, Advance payment, Booking, Penalty*

**Sumario:** 1. EL DERECHO DE CANCELACIÓN DEL USUARIO Y SU RELACIÓN CON LOS REMEDIOS GENERALES SOBRE INCUMPLIMIENTO. 2. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA EN AUSENCIA DE PACTO EXPRESO. 3. LA FUNCIÓN DEL PLAZO DE CANCELACIÓN COMO PLAZO DE PREAVISO. 4. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA POR FALTA DE OCUPACIÓN EFECTIVA DEL ALOJAMIENTO POR PARTE DEL USUARIO. 5. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR. 5.1 Análisis de la cuestión en general. 5.2. Incidencia sobre esta cuestión del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, respecto a la adopción de ciertas medidas en el ámbito económico para hacer frente al COVID-19. 6. EL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO SOBRE LOS PACTOS ACERCA DE RESERVAS, ANTICIPOS Y CANCELACIONES. EN PARTICULAR, LOS LÍMITES DE LAS PENALIZACIONES PACTADAS. 7. LA RAZONABLE INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO EN LA ORDENACIÓN DE LAS RESERVAS, LOS ANTICIPOS Y EL RÉGIMEN DE LAS CANCELACIONES: LA ABSTENCIÓN COMO REGLA. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

## **1. EL DERECHO DE CANCELACIÓN DEL USUARIO Y SU RELACIÓN CON LOS REMEDIOS GENERALES SOBRE INCUMPLIMIENTO**

La práctica, sobre todo con el uso de plataformas digitales, ha ideado un mecanismo contractual muy útil que permite al usuario<sup>1</sup> que ha contratado un alojamiento turístico extinguir el contrato

---

<sup>1</sup> En el presente trabajo se ha optado por utilizar, preferentemente y con carácter general, el término “usuario del servicio de alojamiento” o simplemente “usuario” antes que “turista” o “viajero”, sin que ello presuponga que este actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional en el sentido del art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (en adelante, TRLGDCU). Cuando se hace referencia al usuario del servicio como consumidor (o “usuario” propiamente) en el sentido de dicha norma, ello se ha especificado convenientemente.

Sobre el concepto de usuario de un alojamiento, *vid.* MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L., “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, (Dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Madrid, Reus, 2018, págs. 219-220.

en caso de que por necesidades o intereses sobrevenidos pierda el interés en su cumplimiento: el reconocimiento a este usuario de un derecho de cancelación o desistimiento (unilateral y *ad nutum*<sup>2</sup>) de la reserva de su alojamiento.

Mediante el ejercicio de este derecho nacido del contrato, el usuario provoca su extinción y puede así eludir las acciones generales de cumplimiento íntegro de su obligación de pago del precio del alojamiento, de resolución por incumplimiento e indemnizatoria, a cambio de perder/abonar la penalización tasada que se hubiere pactado en su caso<sup>3</sup>.

Por otra parte, el prestador del alojamiento puede en estos casos disponer libremente de este y cubrirse en el mercado celebrando un negocio de sustitución con otro usuario, al tiempo que recibe en su caso de forma rápida una compensación o penalización exactamente tasada y que ya se encontrará en su poder o le será fácilmente cobrable (así por ejemplo, cuando se estableció una garantía de pago vinculada a una tarjeta de crédito o similar).

En consecuencia, el ejercicio de este derecho de cancelación en absoluto pretende dejar a los contratantes como si el contrato no se hubiere celebrado como es propio de la legislación de consumo, pues esta cancelación o desistimiento no pretende proteger al usuario frente a un déficit de información al tiempo de contratar o frente a un déficit de reflexión o libertad. Por el contrario, tiene como función dotar a las partes de certidumbre jurídica arbitrando una solución razonable, clara y rápida ante posibles dificultades o nuevos intereses surgidos para el usuario durante el tiempo que media entre la celebración del contrato y su ejecución plena, al tiempo que mecanismo preventivo de posibles incumplimientos y sus consecuencias, de manera que constituye una clara alternativa del mercado a los instrumentos jurídicos tradicionales y a las dificultades que ellos plantean en este tipo de contratos<sup>4</sup>.

Todas estas ventajas justifican el éxito de esta fórmula en términos de eficiencia económica en un mercado como el turístico, que “genera consumidores temporales que requieren respuestas

---

<sup>2</sup> Entendido el derecho de desistimiento como un derecho potestativo de configuración jurídica (en concreto, de carácter cancelatorio), nacido de la ley o del contrato, que permite a quien lo ostenta, mediante una declaración de voluntad, producir la ineficacia de un contrato válido: RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991, págs. 197 y ss.; KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 16; LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 99-100.

<sup>3</sup> Sobre las relaciones entre el desistimiento unilateral y la resolución por incumplimiento, *vid.* BELUCHE RINCÓN, I., “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2015, págs. 89-91; GÁLVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 41 y ss.

<sup>4</sup>No son difíciles de imaginar las dificultades para concretar (y probar) las distintas partidas indemnizatorias comprensivas del daño patrimonial en los contratos de servicios: RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo II, 2001, págs. 727-730.

jurídicas inmediatas”<sup>5</sup> (también las empresas –podría añadirse–). Por otra parte, es un elemento que puede contribuir también a acercar el contrato de alojamiento turístico al ámbito de los contratos de servicios<sup>6</sup>.

Naturalmente, la cancelación tiene sentido tanto en la reserva sin penalización como en la realizada con el abono de un anticipo vinculado a una penalización, pero no en aquella en la que se haya pagado por anticipado y sin posibilidad de reembolso la totalidad del precio de la estancia (denominada usualmente en la práctica “reserva no reembolsable”), pues aquí el usuario más que desistir lo que hace es renunciar sin más a su derecho a ocupar el alojamiento contratado e íntegramente pagado.

En el primer caso (reserva sin penalización), el prestador del servicio de alojamiento asume la totalidad del riesgo y la *carga* de cubrirse en el mercado en caso de que el usuario cancele su reserva o no ocupe su alojamiento, pero le permite poner en el mercado un producto que puede resultar muy atractivo para los clientes y ser muy demandado, lo que seguramente influirá en su precio.

En el segundo caso (reserva con penalización), se establece un cierto equilibrio económico entre ambos contratantes en este punto: el prestador cubre parte del precio de la estancia a costa del usuario y se arriesga a tener que cubrirse en el mercado por el resto, mientras que el usuario asume de forma también limitada (usualmente en la cuantía del anticipo) el riesgo de pérdida del precio total acordado. En este sentido, es frecuente en la práctica acordar que el anticipo abonado o garantizado solo podrá ser retenido por el prestador si el desistimiento del usuario se produce a partir de una determinada fecha especialmente cercana al inicio del periodo de alojamiento. Antes de dicha fecha suele ofrecerse como reserva sin penalización.

En fin y en el supuesto de reserva no reembolsable, ya se ha dicho que el usuario asume en solitario el riesgo de pérdida de la totalidad del precio correspondiente a la estancia reservada, pero ello habrá quedado también reflejado con seguridad en el precio abonado en este tipo de reserva.

Este equilibrio entre el régimen de los anticipos, las penalizaciones y las cancelaciones (desistimiento) en los contratos de alojamiento permite a ambos contratantes decidir el nivel de

---

<sup>5</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C., “La desadaptación del Derecho de consumo a la tutela del consumidor como turista”, en *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, (Coord. A. Auriolés Martín), Barcelona, Atelier, 2003, pág. 284.

<sup>6</sup> Sobre la distinción en estos casos entre contrato de arrendamiento y contrato de servicios (de alojamiento u hospedaje), *vid.* extensamente FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El alojamiento colaborativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 155 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L. “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, *op. cit.* págs. 208-210.

SAN JULIÁN PUIG, V., “El contrato de hospedaje ¿categoría unitaria que aglutina alojamiento hotelero y extrahotelero”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, págs. 130 y ss., propone unificar, bajo la denominación “contrato de hospedaje”, tanto a los alojamientos hoteleros como a los extrahoteleros.

riesgo que están dispuestos a asumir derivado del hecho de que el usuario finalmente pudiera no ocupar su alojamiento y pagar la parte del precio aún no abonada, siempre que sea por causa que no pueda encajar en un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor, como posteriormente se estudiará.

De esta manera, la relación entre pago de anticipos y régimen de cancelaciones y penalizaciones constituirá un elemento esencial en ese cálculo costes-beneficios en el que sustentan ambas partes su decisión de contratar<sup>7</sup>. Tratándose en la mayor parte de los casos de un contrato de adhesión, el predisponente o prestador del servicio trasladará a sus ofertas cerradas el nivel de riesgo que está dispuesto a asumir en cada caso, mientras que el usuario-adherente aceptará aquella de las ofertas que mejor se corresponda con el riesgo aceptable para él. Esto determina una variedad de productos y opciones en este competitivo mercado que pueden beneficiar tanto a la oferta (que puede diversificar sus productos) como a la demanda (que puede contar con un mayor rango de opciones).

Por otra parte, no pueden obviarse en este ámbito las regulaciones autonómicas sectoriales en materia turística que, en general, han continuado una cierta tradición jurídica consistente en establecer un régimen jurídico (supletorio ahora) sobre reservas, cancelaciones y penalizaciones en el ámbito de los alojamientos turísticos, tal y como con anterioridad había hecho la legislación estatal. Por ello, la referencia a esta legislación será continua y se dedicará un apartado específico al análisis de algunas de estas normas y a emitir un juicio de valor sobre la mismas.

Como fácilmente habrá advertido el lector, en este trabajo se ha optado por seguir la terminología legal recogida en la normativa sectorial, que responde más a la práctica comercial que a una precisa terminología técnica desde un punto de vista jurídico, pero que creemos que resulta muy útil para identificar las cuestiones jurídicas que se van a tratar. En este sentido, hemos tomado el término “cancelación” como sinónimo de desistimiento y “reserva” como sinónimo de contrato de alojamiento, si otra cosa no se especificara.

Por último, debe advertirse que el desistimiento legal reconocido en algunos supuestos por la legislación de consumo, ha sido excluido respecto a los contratos de alojamiento, precisamente por tratarse de contratos celebrados por tiempo determinado y sujetos a un término esencial<sup>8</sup>,

---

<sup>7</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo III, 1991, pág. 1027.

<sup>8</sup> Vid. el considerando 49 in fine de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores, que justifica la exclusión de esta manera: “El reconocimiento del derecho de desistimiento también podría ser inadecuado en el caso de determinados servicios en los que la celebración del contrato implica reservas que el comerciante puede tener dificultad para cubrir si se ejerce el derecho de desistimiento. Tal sería el caso, por ejemplo, de las reservas hoteleras y de casas de vacaciones o de las reservas para espectáculos culturales o deportivos”. En cualquier caso, el actual art. 103 l) TRLGDCU, siguiendo al 16 l) de la Directiva, excluye el desistimiento en contratos tales como: “El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes,

de manera que resulta evidente que los supuestos de cancelación que se van a tratar en este trabajo tienen un fundamento y efectos distintos al derecho de desistimiento regulado en los arts. 68 y ss. del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (en adelante, TRLGDCU) en general, o al reconocido específicamente al viajero en el art. 160.5 TRLGDCU para los viajes combinados: “*En el caso de los contratos de viaje combinado celebrado fuera del establecimiento, el viajero dispondrá de un plazo de catorce días para ejercer su derecho desistimiento del contrato de viaje combinado, sin necesidad de justificación*”<sup>9</sup>.

## **2. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA EN AUSENCIA DE PACTO EXPRESO**

Tradicionalmente, la normativa sectorial reguladora de los alojamientos turísticos ha venido estableciendo una estrecha relación entre reservas, anticipos, cancelaciones y penalizaciones. A modo de ejemplo puede citarse la ya derogada Orden de 28 de marzo de 1966, reguladora de los precios y reservas en la industria hotelera, cuyo art. 11.1 estableció que “*el hotelero podrá exigir de las personas que efectúen una reserva de plazas **un anticipo del precio en concepto de arras o señal***”, que posteriormente fijaba el apartado 2 (el importe de un día de habitación por cada diez días de ocupación o fracción), mientras que el 3 añadía que “*si la anulación de la reserva no se efectúa siete días antes del fijado para ocupar la habitación, **quedará a disposición de la Empresa la cantidad recibida en concepto de arras, conforme a las normas del párrafo anterior***” (negrita nuestra).

Esta norma fue sustituida con posterioridad por la Orden de 15 de septiembre de 1978 –todavía vigente–, sobre régimen de precios y reservas en alojamientos turísticos, aplicable no solo a los hoteles y que trató de otorgar una mayor libertad de precios a los establecimientos de este tipo, pero que mantuvo en lo básico las normas anteriores. Así, el art. 11.1 estableció de forma similar al precepto anterior que “*el titular del alojamiento podrá exigir a los que efectúen una reserva de plaza un anticipo de precio **en concepto de señal**, que se entenderá a cuenta del importe resultante para los servicios prestados*”.

Para los alojamientos hoteleros el art. 11.2 fijó los anticipos máximos permitidos de la misma forma, al tiempo que su último párrafo dispuso que “*Si la anulación de la reserva no se efectúa*

---

alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos”.

Al respecto, TORRES LANA, J. A., “Derechos y garantías del usuario de servicios turísticos adquiridos *on line*”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, (Coord. D. Jiménez Liébana), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pág. 807, y CASTAÑOS CASTRO, P., *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, Madrid, Dykinson, 2015, págs. 88-90.

<sup>9</sup> Sobre la distinción entre ambos tipos de desistimiento *vid.* BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.<sup>a</sup> S., “¿Deben las compañías aéreas de bajo coste garantizar el derecho del usuario a desistir del vuelo contratado on-line?”, en *CESCO*, núm. 2, 2012, págs. 46-47; LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, *op. cit.*, pág. 125.

*siete días antes del fijado para ocupar la habitación, quedará a disposición de la Empresa la cantidad recibida en concepto de señal, conforme a las normas del párrafo anterior*". Por su parte, el art. 11.3 reguló la misma cuestión para los "apartamentos o similares", estableciendo también unos anticipos máximos dependiendo de la duración del alojamiento. El precepto detalló las penalizaciones por cancelación anticipada de forma similar a la establecida hasta entonces por el art. 32 de la Orden de 17 de enero de 1967, de ordenación de los apartamentos, «bungalows» y otros alojamientos similares de carácter turístico, (negrita nuestra también):

***“La anulación de reserva dará derecho en ambos casos a retener como máximo, en concepto de indemnización, el siguiente porcentaje de la señal exigida:***

*a) El 5 por 100 cuando la anulación se haga con más de treinta días de antelación a la fecha fijada para ocupar el alojamiento.*

*b) el 50 por 100 cuando se haga con treinta o menos días y más de siete.*

*c) el 100 por 100 cuando se haga con menos de siete días”*

A partir de aquí y aparte del reconocimiento de la libertad de precios por parte de las distintas normas<sup>10</sup>, debe tenerse en cuenta que la competencia en materia de turismo corresponde de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), que han ido desplazando con su regulación a la Orden de 15 de septiembre de 1978. Y aunque esta normativa se analizará después, debemos ahora adelantar que las normas dictadas al respecto por las CCAA, aparte de respetar la libertad de los contratantes para fijar los precios y demás condiciones de sus contratos, frecuentemente establecen una regulación supletoria relativa a las reservas, anticipos y cancelaciones, como se venía haciendo, aunque de forma imperativa, tradicionalmente<sup>11</sup>.

No obstante y en nuestra opinión, resulta sumamente dudoso que estas normas establecidas en principio como Derecho supletorio puedan resultar directamente aplicables sin más en ausencia de una regulación expresa por parte de los contratantes en el tema que se está tratando. Y es que en nuestra opinión, el régimen contractual acordado por los contratantes en relación a las reservas y al pago de anticipos resulta de especial utilidad para interpretar en los casos dudosos la voluntad típica de aquellos en relación al régimen de las cancelaciones, de manera que la existencia o no de anticipos y la cuantía de los mismos debe tomarse como la medida pactada

---

<sup>10</sup> Así por ejemplo, el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales, aunque mantuvo la regulación anterior de las reservas, anticipos y cancelaciones.

<sup>11</sup> A modo de ejemplo pueden citarse: el (derogado) Decreto 53/1994, de 8 de febrero, que establece el régimen de precios, reservas y servicios complementarios en establecimientos de alojamiento turístico en Cataluña; el Decreto 193/1994, de 20 de septiembre, de Aragón; el Decreto 19/1997, de 11 de febrero, de Valencia; el Decreto 205/2001, de 20 de noviembre, de Castilla-La Mancha; el (derogado) Decreto 22/2002, de 26 de febrero, de Extremadura, posteriormente sustituido por el Decreto 203/2012, de 15 de octubre; y el Decreto 179/2011, de 8 de septiembre, de Galicia, entre otros.

tácitamente por los contratantes, o derivada de los usos de este tipo de negocios (art. 1258 CC), para regular el régimen de las cancelaciones (*ad nutum*) y sus efectos.

Por ello entendemos que las tres grandes opciones ya mencionadas en que puede pensarse al realizar una reserva confirmada (a saber, reserva sin anticipo, reserva con anticipo y reserva con abono completo del precio de la estancia) autorizan, respectivamente, una cancelación sin penalización alguna, una cancelación con una penalización en la medida exclusivamente del anticipo y una (no) cancelación con precio no reembolsable, salvo que expresamente los contratantes hayan acordado un régimen distinto en el contrato. Esa entendemos que será típicamente la intención de los contratantes en los casos dudosos y así habrá de ser interpretada su voluntad, lo que supone defender que el anticipo ha de tenerse en estos casos por una señal o arras que permite al usuario (y solo al usuario) desistir del contrato.

Es cierto que en la práctica lo más frecuente es que exista una previsión expresa del régimen o política de cancelaciones asociada a cada tipo de alojamiento ofertado, de manera que constituirá un elemento que puede calificarse como esencial en este tipo de contratos, sobre todo cuando las ofertas proceden de profesionales del mercado, pero no debe descartarse la necesidad de aplicación de las anteriores consideraciones para interpretar o integrar la voluntad de los contratantes cuando sean los particulares quienes ofrecen a otros particulares sus alojamientos y la cuestión pueda resultar más abierta o dudosa.

A las anteriores consideraciones podría oponerse que las conclusiones alcanzadas mediante la interpretación de una cierta voluntad tácita o “típica” de los contratantes se opone manifiestamente a las reglas generales de las obligaciones contractuales, de las que cabe deducir justamente lo contrario: que en caso de duda no cabe defender la existencia de un derecho de desistimiento unilateral a favor de ninguno de los contratantes (principios de obligatoriedad e irrevocabilidad del contrato), de manera que en el supuesto de que el usuario haya abonado un anticipo, este habrá de entenderse como parte y a cuenta del precio total pactado por el alojamiento (arras confirmatorias), pero sin que ello le autorice a desistir del contrato perdiendo la señal (arras penitenciales o de desistimiento, como se defiende aquí).

Sin embargo, creemos que esta cuestión debe relacionarse directamente con los usos asentados en los negocios de alojamiento (arts. 1258 y 1287 CC) y con lo que razonablemente y de acuerdo con la buena fe y dichos usos espera un usuario que ha reservado un alojamiento y al que no se le ha exigido el pago completo de precio de forma anticipada, que no es otra cosa que confiar en poder cancelar su reserva perdiendo el anticipo pagado en su caso. Porque un usuario medio no contempla como razonable tener que abonar la totalidad del precio de un alojamiento que no va a disfrutar sino cuando expresamente así se haya establecido (reserva no reembolsable) o cuando ha abonado por anticipado la totalidad del precio<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Se ha llegado incluso a afirmar que la idea de pagar exclusivamente por los servicios consumidos, con independencia de los reservados, parece socialmente muy asentada en el ámbito de los servicios turísticos:

De esta manera, podemos concluir que la regulación intervencionista en esta materia había ido generando una práctica o uso conforme al cual el pago de un anticipo vinculado a la reserva de un alojamiento venía siendo entendido, por un lado, como un pago a cuenta de los servicios contratados si el usuario finalmente ocupaba su alojamiento, pero por otro lado y al mismo tiempo, como arras o señal del contrato, que permitía al usuario desistir o cancelar el mismo con la pérdida de todo o una parte del anticipo según los casos.

La interpretación que defendemos nos parece mucho más razonable y ajustada a la voluntad real de los contratantes que las soluciones que se derivarían de la aplicación directa y de forma supletoria de la normativa turística sectorial en ausencia de un pacto expreso de los contratantes.

Precisamente esta especialidad propia de los contratos de alojamiento no ha pasado desapercibida para la doctrina<sup>13</sup>, que viene por ello distinguiendo entre el contrato de reserva y el contrato de alojamiento u hospedaje propiamente dicho, sin perjuicio de la unidad funcional y económica entre ambas relaciones jurídicas, pues como afirma REPRESA POLO, “el contrato de hospedaje puede concluirse como contrato primero y único entre el cliente y el establecimiento hotelero, pero, en el tráfico jurídico es habitual que la celebración del contrato de hospedaje se encuentre precedida de una reserva de plaza hotelera, articulada a través de un contrato de reserva de alojamiento”<sup>14</sup>, que como hemos visto, no solo precede a la contratación de alojamientos hoteleros, sino de cualquier otro tipo.

Quizás en la actualidad y debido al uso de las nuevas tecnologías, que permiten al usuario una confirmación instantánea o rápida de la reserva, la percepción del usuario más bien sea la de entender realizado en firme y desde el principio un contrato de hospedaje o del tipo de alojamiento de que se trate, que frecuentemente vendrá acompañado de unas condiciones en cuanto al pago de anticipos, cancelaciones y penalizaciones. Y si expresamente no se acuerda otra cosa, en nuestra opinión y como venimos defendiendo, habrá que entender que la medida del anticipo determina la penalización por cancelación o desistimiento del usuario (arras de desistimiento), conforme a los usos propios de esta actividad.

---

URBANO JIMÉNEZ, F. J., “Las reservas turísticas: problemática, regulación y defensa de los usuarios”, en *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, (Ed. F. J. Melgosa Arcos), Actas de las I Jornadas, Ávila, 1994, pág. 63.

<sup>13</sup> DÍAZ ALABART, S./ÁLVAREZ MORENO, M.<sup>a</sup> T., “Artículo 16”, en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, (Dir. S. Díaz Alabart /Coord. M.<sup>a</sup> T. Álvarez Moreno), Madrid, Reus, 2014, págs. 423-424.

<sup>14</sup> REPRESA POLO, P./DE HARO IZQUIERDO, M., “Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento”, en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo V, (Dir. M. Yzquierdo Tolsada), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014, pág. 392; también CEBALLOS MARTÍN, M.<sup>a</sup> M., *La regulación jurídica de los establecimientos hoteleros*, Madrid, Marcial Pons, 2002, págs. 211 y ss.

### **3. LA FUNCIÓN DEL PLAZO DE CANCELACIÓN COMO PLAZO DE PREAVISO**

Cuando en un contrato de alojamiento se ha pactado expresamente (entendemos que a favor del usuario) un determinado plazo de cancelación, dicho plazo presenta, en nuestra opinión, una doble funcionalidad: por un lado, es el plazo que permite al usuario extinguir el contrato y evitar con ello la pretensión de cumplimiento de la otra parte, y por otro lado y al mismo tiempo, constituye un plazo de preaviso a favor del prestador del servicio.

Este preaviso no funciona aquí como el que es exigible con carácter general en los contratos indefinidos o en las relaciones duraderas, donde se persigue evitar al otro contratante los perjuicios que una ruptura brusca de la relación jurídica le puede ocasionar<sup>15</sup>. Por el contrario, en el caso del contrato de alojamiento, el ejercicio del derecho de cancelación provoca, no la extinción de un contrato ya en fase de ejecución por ambas partes contratantes, sino la extinción de un contrato (de duración determinada y término esencial) por parte del contratante que todavía no ha recibido su prestación principal (el usuario) y que no está interesado en recibirla.

Sin embargo, la finalidad y función tuitivas del plazo o fecha límite de cancelación o desistimiento es similar en ambos casos: otorgar al prestador del servicio un periodo de tiempo (el que va desde la cancelación al de inicio de la prestación a favor del usuario) para adaptarse a la pérdida de la pretensión de cobro del precio (en todo o en parte) del alojamiento como consecuencia de la extinción del contrato. El prestador podrá entonces buscar en el mercado un negocio de sustitución, reducir o ahorrar ciertos costes relacionados con un alojamiento que no tendrá que prestar, etc.

Por este motivo, la lógica económica nos dirá que la penalización que pueda pactarse a favor del prestador se incrementará conforme la fecha límite de cancelación acordada más se aproxime a la fecha de inicio del periodo de alojamiento, pues menores serán las probabilidades de que el prestador pueda encontrar un sustituto o pueda ahorrar costes, de forma similar a como suele ocurrir en el contrato de viaje combinado<sup>16</sup>.

De hecho, es habitual en la práctica establecer un plazo o fecha límite de cancelación para discriminar penalizaciones, de manera que antes de esta fecha las penalizaciones son menores o quedan excluidas, y pasado este límite, se incrementan o abarcan el precio total del alojamiento (reserva no reembolsable).

*Quid* si nada se pactó expresamente sobre la posibilidad de que el usuario pudiera cancelar el contrato?. En este caso ya hemos expuesto nuestra opinión sobre que el usuario podrá desistir perdiendo el anticipo que hubiere abonado o garantizado (arras de desistimiento), o gratuitamente, si no hubiere abonado o garantizado anticipo alguno.

---

<sup>15</sup> KLEIN, K., El desistimiento unilateral del contrato, op. cit., págs. 181-185.

<sup>16</sup> GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Madrid, Tecnos, 1998, págs. 200-201.

El problema aquí puede estar en la delicada posición en la que puede quedar el prestador del servicio, habida cuenta de que, al no establecerse plazo de cancelación (y por tanto, de preaviso) esto significaría que el usuario podrá hacer valer su derecho a cancelar el contrato hasta el momento mismo de inicio de su periodo de alojamiento, lo que puede resultar bastante “sorpresivo” para la otra parte, que no va a contar con un plazo de tiempo razonable para adaptarse a esta situación y tratar de minimizar sus consecuencias económicas.

Esto es cierto, pero también lo es que el prestador del servicio (que frecuentemente predispone todo el contenido del contrato) tenía en su mano cubrirse frente a esta situación, estableciendo un plazo límite para desistir, fijando una penalización determinada, exigiendo un anticipo, o en última instancia, excluyendo expresamente el derecho de cancelación, lo que habitualmente determina el pago total de la estancia de forma anticipada.

Incluso pensando en el supuesto que podría resultar potencialmente más perjudicial para el prestador, como sería la reserva de un alojamiento sin anticipo y donde el contrato ha guardado silencio sobre la posibilidad de desistir por parte del usuario, creemos procedente la misma solución, pues esta situación habrá hecho nacer en él la confianza de que podrá cancelar en cualquier momento y sin penalización alguna. La ausencia de anticipo, de plazo de cancelación y de penalización, puestos en relación con los usos y prácticas habituales en este tipo de negocios, llevará inevitablemente al usuario a la creencia de que el contrato le autoriza a actuar de esta manera.

#### **4. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA POR FALTA DE OCUPACIÓN EFECTIVA DEL ALOJAMIENTO POR PARTE DEL USUARIO**

La ocupación efectiva del alojamiento objeto de la reserva constituye el principal de los derechos del usuario en este tipo de contratos, de manera que su no ocupación por propia voluntad debe entenderse como una renuncia de aquel a su derecho.

Sentado lo anterior, ¿sería razonable entender que si el usuario no aparece el día de inicio de su periodo de alojamiento, sin realizar aviso alguno ni ser posible contactar con él, ello puede ser lícitamente interpretado por parte del prestador del servicio también como una manifestación de voluntad tácita del usuario de renuncia a su derecho?.

No creemos que pueda dudarse de la validez de un pacto expreso en el contrato que estableciera que, si llegada una determinada (y razonable) hora del día de la entrada el usuario no hace acto de presencia para ocupar su alojamiento ni avisa de su llegada más tardía ni es posible su localización, el prestador pueda dar por cancelada la reserva con pérdida del anticipo o de la consecuencia económica establecida. De hecho, es bastante frecuente en este tipo de contratos la previsión de que, en el caso descrito, el prestador pueda dar por cancelada la reserva con derecho al cobro de una noche de alojamiento, por ejemplo.

El problema se planteará sobre todo cuando tal previsión no exista en el contrato de alojamiento. En este sentido, la solución arbitrada en algunos precedentes legislativos parece ir en la línea de entender que, en tal caso, la reserva se mantendrá durante el periodo de alojamiento cubierto por la señal o anticipo. Así, el art. 33 de la Orden de 17 de enero de 1967, de ordenación de apartamentos, “bungalows” y otros alojamientos similares de carácter turístico, estableció que *“cesará la obligación de reservar el alojamiento, con pérdida de la señal, cuando no fuera ocupado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día fijado para ello, salvo que dentro de este plazo el cliente confirme su llegada y ésta se produzca antes de que el importe del alojamiento por los días transcurridos exceda de la cuantía de la señal”*.

Por su parte, la Orden de 15 de septiembre de 1978, que derogó a la anterior, no incluyó un precepto concreto al respecto, por lo que parece que la norma aplicable para resolver esta cuestión era la misma que en caso de que la anulación de la reserva no se realice con al menos siete días de antelación por parte del usuario: *“Si la anulación de la reserva no se efectúa siete días antes del fijado para ocupar la habitación, quedará a disposición de la Empresa la cantidad recibida en concepto de señal, conforme a las normas del párrafo anterior”* (art. 11). Esta solución a favor de la cancelación del contrato (“anulación de la reserva”, en la terminología del art. 11) es, por tanto, la opuesta a la de la Orden de 1967.

La normativa autonómica posterior, de forma supletoria y a falta de previsión expresa en el contrato de alojamiento, ha abogado de forma muy mayoritaria por el mantenimiento de la reserva durante el periodo de alojamiento cubierto por el anticipo en su caso, aunque con algunas excepciones<sup>17</sup>. En este sentido, tomaremos como modelo el art. 23 del Decreto 3/2017, de 16 de febrero, que regula los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León, y establece una regulación supletoria sobre el mantenimiento de las reservas del siguiente tenor:

*1. Cuando se haya confirmado una reserva sin la exigencia de anticipo, la empresa la mantendrá hasta la hora concertada y, en el caso de que no se haya acordado, hasta las 20 horas del día señalado para la entrada, salvo que el turista confirme su llegada advirtiendo de posibles retrasos.*

*2. En el supuesto de que se haya exigido un anticipo para formalizar la reserva, la empresa, salvo pacto en contrario acreditado por escrito, mantendrá la reserva sin ningún límite horario, durante el número de días que cubra el anticipo.*

Centrándonos en el segundo supuesto, esto es, cuando se ha abonado un anticipo al realizar la reserva, parece que como venimos diciendo la norma obliga al establecimiento a mantener la reserva durante el periodo de ocupación cubierto por dicho anticipo, a pesar de que el usuario

---

<sup>17</sup> Así por ejemplo, el art. 11 del Decreto 19/1997, de 11 de febrero, que regula el régimen de precios y reservas en establecimientos de alojamiento turístico, de Valencia: *“Cesará la obligación del establecimiento de reservar el alojamiento, con pérdida del anticipo en su caso efectuado, cuando no fuera ocupado en el plazo convenido, salvo que dentro de dicho plazo el cliente confirme su llegada de forma indubitada”*.

no la haya ocupado el día y hora acordadas ni haya advertido de posibles retrasos, “*salvo pacto en contrario acreditado por escrito*”.

Aunque se trate de una norma supletoria, parece en principio inevitable su aplicación si los contratantes, a pesar de haber regulado contractualmente el pago de anticipos y el régimen de la cancelación, no hubieran previsto la posibilidad de que el usuario no se presente a su destino, sin aviso y sin posibilidad de contactar con él. En otras palabras, la norma considera que este comportamiento del usuario, por sí mismo, no revela una voluntad tácita de cancelar o renunciar a su reserva, sino de todo lo contrario, el mantenimiento de la parte del contrato cubierta por el anticipo.

En términos generales, esta regulación supletoria parece razonable en la medida en que sea respetuosa con la voluntad de los contratantes. En este sentido, entendemos que su aplicación genera dudas cuando se haya acordado el pago de un anticipo y exista un plazo límite de cancelación para el usuario, pues entonces parece justo que la solución sea, como mínimo y en perjuicio del propio usuario, la misma que para el caso de cancelación de la reserva fuera del plazo acordado. Y también resulta dudosa la solución legal en caso de que el derecho de cancelación haya quedado contractualmente excluido de forma expresa.

Por ejemplo, si se estableció a favor del usuario un derecho de cancelación sin penalización antes de una determinada fecha y una penalización (por ejemplo, el coste de dos noches de alojamiento cobradas por anticipado) a partir de esa fecha, resulta absurdo que si el viajero no cancela ni aparece en la fecha de entrada establecida su situación le sea más favorable (el mantenimiento de la reserva durante el periodo cubierto por el anticipo, dos noches) que si cancela pasada la fecha límite establecida y antes del día de inicio de su periodo de ocupación (se extingue la reserva y pierde el anticipo).

De la misma manera, si la reserva no permitía su cancelación, no existe razón para que en este caso el contrato quede limitado temporalmente al plazo cubierto por el anticipo.

En estas circunstancias y aunque nada se haya pactado al respecto, lo lógico sería aplicar la regulación contractual establecida para las cancelaciones fuera de plazo o para las reservas sin derecho de cancelación, con las consecuencias establecidas en el propio contrato.

Y es que como hemos visto anteriormente, una manifestación de voluntad expresa del usuario de dar por cancelada la reserva dentro de un plazo establecido funciona también como un preaviso a la otra parte, que dispone desde ese momento de cierto tiempo para celebrar un negocio de sustitución con un tercero a fin de cubrir los ingresos que dejará de percibir del usuario que ha cancelado su reserva. El art. 23.2 del Decreto 3/2017 de Castilla y León lo que hace justamente es eliminar ese preaviso porque obliga al prestador del servicio al mantenimiento de la reserva durante todo el periodo de la estancia cubierto por el anticipo, rompiendo de esta manera el equilibrio contractual fijado por las partes a través del anticipo y el plazo de cancelación.

Una norma supletoria como este art. 23 sí resulta muy razonable en dos supuestos: cuando no se ha pagado anticipo alguno ni existe plazo de cancelación (porque entonces la ausencia de anticipo y de plazo de cancelación implica ausencia de preaviso y es lógica la solución del art. 23.1) y cuando el usuario ha abonado por anticipado todo el precio de la estancia (porque entonces el prestador del servicio no necesita cubrirse en el mercado porque no existen ingresos dejados de percibir). Pero puede no ser respetuoso con la voluntad de los contratantes cuando se ha abonado un anticipo que cubre una parte de la estancia y se ha establecido un plazo límite de cancelación, o cuando expresamente se ha excluido la cancelación, en cuyo caso reiteramos que lo lógico sería aplicar el régimen pactado expresamente para estos casos.

Por otra parte, entendemos que debe rechazarse también en esta sede una solución como la que establecía el art. 160 TRLGDCU, en la redacción anterior al Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, para los viajes combinados, que establecía que “*de no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido*”<sup>18</sup>.

Aquí la obligación de abonar íntegramente el precio del viaje residía en la imposibilidad o dificultad por parte del organizador de cubrirse en el mercado una vez que el viaje ha comenzado, lo que no ocurre en un contrato cuyo objeto principal sea el uso temporal de un alojamiento, y en general, en los contratos de hospedaje<sup>19</sup>. Aun así, la norma se apartaba de las reglas generales en materia de cuantificación del daño lucro cesante, pues identificaba precio del viaje con ganancia dejada de obtener por el empresario (art. 1106 CC). En la redacción actual parece que el empresario debe deducir el ahorro de costes, así como en su caso, “*los ingresos derivados de la utilización alternativa de los servicios de viaje*”, lo que nos parece mucho más adecuado.

La misma regla creemos defendible para un supuesto que ahora interesa: aquel en el que el alojamiento ya haya sido ocupado por el viajero y con posterioridad y sin que concurra un supuesto de fuerza mayor o causa justificada, decida abandonar su alojamiento. En este caso y siempre respetando los pactos entre las partes, no encontramos razones para separarnos de las reglas anteriores para el cálculo del lucro cesante, incluso imponiendo al prestador del servicio

---

<sup>18</sup> En opinión de GÓMEZ CALLE, E., “El contrato de viaje combinado”, en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo V, (Dir. M. Yzquierdo Tolsada), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014, pág. 523, dicha norma resultaba aplicable también “si el viajero, aun personado en el lugar de inicio del viaje, no puede tomar parte en él por su propia culpa, por no contar con la documentación precisa al efecto”.

<sup>19</sup> Sobre la posible aplicación de este art. 160 al contrato de hospedaje, *vid.* CASTAÑOS CASTRO, P., *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, *op. cit.*, págs. 92 y ss.; también CASTAÑOS CASTRO, P., “El desistimiento en el contrato de hospedaje”, en *V Jornadas de investigación en turismo. Turismo y sostenibilidad*, Sevilla, Digital @tres, 2012, págs. 290-291.

un deber de mitigar el daño conforme al principio de la buena fe, frente a la opinión que sostiene la obligación del usuario de abonar la totalidad del precio sin más<sup>20</sup>.

Creemos que resulta muy sensato imponer al prestador de un servicio de alojamiento la carga de hacer todo lo razonablemente posible para cubrirse en el mercado ofreciendo de nuevo el alojamiento a potenciales usuarios y celebrando con estos un negocio de sustitución o reemplazo a fin de mitigar el precio o las pérdidas susceptibles de ser reclamadas a un usuario anterior, pues los canales de comercialización actuales resultan muy ágiles y baratos para el oferente de este tipo de servicios.

Naturalmente debe tratarse de un negocio de sustitución o reemplazo, lo que quiere decir que el prestador del servicio carecía de capacidad o posibilidad de hacerse cargo de un contrato de alojamiento de las mismas características y en el mismo periodo<sup>21</sup>. Solo entonces podrá descontarse de la cantidad debida por el usuario lo obtenido por parte del prestador por la utilización alternativa del alojamiento (negocio de reemplazo) en cumplimiento de su deber de mitigar el daño o reducir el precio que puede reclamarse. Entonces, la ganancia dejada de obtener ha de ser entendida como el precio total pactado en el contrato, con deducción de los gastos que se ahorre el prestador con su no ejecución y de lo que adquiera por la utilización alternativa del alojamiento, en la línea del art. 160.1 TRLGDCU para el contrato de viaje combinado. Pero siempre, reiteramos, respetando lo pactado en el contrato.

## **5. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR**

### **5.1. Análisis de la cuestión en general**

En esta sede deben distinguirse nítidamente dos grupos de casos principales. Por un lado, estarían aquellos supuestos que encajarían propiamente en la idea de fuerza mayor o caso fortuito del art. 1105 CC y que derivarían en una imposibilidad sobrevenida fortuita de prestar el servicio de alojamiento conforme a los arts. 1182 y 1184 CC.

Por otra parte, se situarían aquellos casos en los que, como indica GÓMEZ CALLE para el contrato de viaje combinado, no estamos hablando de que el usuario se vea afectado por un

---

<sup>20</sup> Respecto al contrato de viaje combinado se ha defendido la obligación del viajero de abonar la totalidad del viaje en este supuesto: GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, op. cit., pág. 210. De la misma opinión parece ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un estudio de campo: Examen de algunas cláusulas de los contratos de viaje combinado y de ciertos contratos turísticos sueltos”, en *Estudios de Consumo*, núm. 69, 2004, pág. 72, aunque esta solución se encontrara establecida en una condición general: “Las agencias de viajes permiten también desistir del contrato una vez iniciado el viaje, pero niegan la devolución de las cantidades entregadas y obligan al viajero abonar las que queden pendientes. La cláusula que prevé estas consecuencias es perfectamente válida”.

<sup>21</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IV, 1989, págs. 1144 y ss.; MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2010, págs. 181-182.

supuesto de fuerza mayor como causa impeditiva del cumplimiento (que sería el pago del precio), sino como *causa que le impide aprovechar la prestación de la contraparte*, de manera que la fuerza mayor no serviría en esta ocasión para justificar el incumplimiento del usuario, sino su falta sobrevenida de interés en usar o disfrutar del alojamiento, en los casos en que sea razonable entenderlo así<sup>22</sup>.

Desde un punto de vista técnico parece que este tipo de supuestos, en los que no le sería exigible al usuario continuar con el contrato, encajarían mejor con la resolución del contrato por frustración de la finalidad perseguida por el usuario del viaje o servicio por “desaparición de la base del negocio” para él, como parece defender GÓMEZ CALLE<sup>23</sup>, que con el ejercicio de un derecho de cancelación (desistimiento), salvo que quiera acudir al llamado desistimiento con justa causa (o desistimiento por una causa importante en el caso del Derecho alemán para las relaciones duraderas, que recoge el § 314 BGB desde la reforma de 2002<sup>24</sup>).

La situación en la que puede encontrarse el usuario del alojamiento parece similar a la del viajero de un viaje combinado cuando decide resolver (cancelar) el mismo “*por causa de fuerza mayor*” del antiguo art. 160 TRLGDCU (anterior art. 9.4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados; en adelante, LVC) que parecía remitir a la regla general (art. 1105 CC) y permitía al viajero resolver sin pagar penalización alguna. En la redacción actual, el art. 160.2 parece más concreto, al detallar que se trata de “*circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de viajeros al lugar de destino*”<sup>25</sup>.

En esta línea, incluso parecía más exacta la terminología utilizada por el antiguo art. 9.3 b) LVC, en relación a los supuestos en que no era exigible al organizador y al detallista indemnizar al viajero por la resolución o cancelación del contrato: “*Cuando la cancelación del viaje, salvo en los supuestos de exceso de reservas, se deba a motivos de fuerza mayor, entendiéndose por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas*

---

<sup>22</sup> GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, op. cit., págs. 202 y 205.

<sup>23</sup> GÓMEZ CALLE, E., “El contrato de viaje combinado”, op. cit., pág. 518; PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, en *Revista General del Derecho del Turismo*, n.º 2, 2020, págs. 3 y ss.

Desde esta perspectiva quizás también sería posible acudir a la aplicación de la doctrina de la inexigibilidad de la prestación según la buena fe: DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004, págs. 120 y ss.

<sup>24</sup> KLEIN, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, op. cit., págs. 38 y ss.; de interés para el Derecho español resultan las conclusiones de las páginas 60-63.

<sup>25</sup> Esta previsión debe completarse con la definición de «circunstancias inevitables y extraordinarias» del art. 151 j) TRLGDCU: “*una situación fuera del control de la parte que alega esta situación y cuyas consecuencias no habrían podido evitarse incluso si se hubieran adoptado todas las medidas razonables*”.

*consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida*”, tomado literalmente del art. 4.6 de la Directiva 1990/314/CEE, de 13 de junio.

En todo caso, la consecuencia jurídica común a los dos grupos de supuestos que se han mencionado sería la misma: el derecho del usuario a cancelar o extinguir su reserva (contrato) sin penalización alguna.

Para el análisis de ejemplos concretos y puesto que en sede de contrato de alojamiento no contamos con reglas especiales, parece que pueden seguirse aquí las pautas jurisprudenciales establecidas respecto a los arts. 9.4 de la antigua LVC y 160 TRLGDCU.

En el primer grupo (fuerza mayor en sentido propio) podrían incluirse todos los supuestos acaecidos fuera del ámbito o esfera de control de los propios contratantes, tales como fenómenos naturales de especial virulencia (huracanes, tifones, volcanes, terremotos, etc), guerras y enfrentamientos o conflictos armados, atentados o riesgo de atentados terroristas, graves disturbios sociales u otros hechos que pueden poner en grave riesgo la seguridad o la vida de los usuarios, epidemias, u otros sucesos semejantes.

A modo de ejemplo, así ha sido declarado en casos tales como: temporal de nieve que obliga a cerrar puertos de montaña del itinerario previsto y con declaración de alerta de “nivel rojo” por las autoridades (SAP Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, n.º 695/2009 de 23 de diciembre; AC/2010/706<sup>26</sup>), o previsible paso del conocido como huracán “Haiyan” por la zona del viaje en Filipinas, aun cuando otros viajeros optaron por continuar (SAP Asturias, Sección 6.<sup>a</sup>, n.º 41/2016 de 8 de febrero; AC/2016/126<sup>27</sup>), pero no cuando no quede acreditado la afectación a la zona del viaje (SAP Cádiz, Sección 2.<sup>a</sup>, n.º 314/2012 de 6 de noviembre; JUR/2013/46046<sup>28</sup>).

En el caso del conflicto bélico existente en la antigua Yugoslavia y además de analizar la situación real de peligro, se entendió que debía también tenerse en cuenta si la percepción del riesgo para la generalidad de las personas les permitiría o no aprovechar y disfrutar de un viaje a Budapest, pues de 53 viajeros en total, solo la actora desistió, junto a otros tres amigos que no demandaron, por lo que no se apreció esta circunstancia (SAP Salamanca n.º 398/2001 de 7 de septiembre; JUR/2001/313398<sup>29</sup>).

Por su parte, los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y la grave sensación de inseguridad y miedo causada en fechas a ellos cercanas ha justificado la apreciación de un supuesto de fuerza mayor respecto a un viaje a un país mayoritariamente islámico como Egipto (SAP Madrid, Sección 21.<sup>a</sup>, n.º 154/2006 de 15 de marzo;

---

<sup>26</sup> ECLI: ES:APM:2009:2520.

<sup>27</sup> ECLI: ES:APO:2016:204.

<sup>28</sup> ECLI: ES:APCA:2012:1958.

<sup>29</sup> ECLI: ES:APSA:2001:609.

JUR/2006/141030<sup>30</sup>), pero no ante un indeterminado y general miedo a viajar en avión en un viaje a Italia, Grecia y Turquía tras estos mismos atentados (SAP Granada, Sección 3.ª, n.º 560/2004 de 27 de septiembre; JUR/2004/286680<sup>31</sup>). Cuestión distinta sería una declaración por parte de las autoridades de una alerta máxima de riesgo de sufrir atentado terrorista, con una alta probabilidad de producirse (respecto a un viaje a Marruecos), que sí justificaría la apreciación de un supuesto de fuerza mayor (SAP Valencia, Sección 9.ª, n.º 340/2009 de 22 de diciembre; JUR/2010/138025<sup>32</sup>).

Sin embargo, el supuesto más numeroso con el que tienen que enfrentarse nuestros tribunales se refieren al segundo grupo mencionado: hechos o circunstancias que afectan a la *esfera personal* del usuario, de manera que pueda considerarse razonable que, en tales circunstancias, no sea exigible al viajero continuar con el alojamiento concertado y pagar el precio pactado. La causa principal alegada suele ser el padecimiento de una lesión o enfermedad de cierta gravedad sobrevenida con posterioridad a la celebración del contrato (o preexistente pero agravada de forma imprevisible), que afecta al viajero, a sus familiares o personas cercanas, así como supuestos de fallecimiento<sup>33</sup>.

También a modo de ejemplo pueden citarse aquí algunos de los casos resueltos por nuestros tribunales, todos ellos referidos, como en los supuestos anteriores, a situaciones que se producen antes del momento establecido para el inicio del viaje:

A) El viajero que presenta un cuadro depresivo que se había agudizado y requería reposo y tratamiento médico: se trataba de una enfermedad anterior que conllevaba fases de remisión y otras de agudización, pero quedó demostrado que el viajero había sufrido solo tres agudizaciones en trece años, lo que no permitía prever una agudización cuando contrató el viaje (SAP Málaga, Sección 6.ª, n.º 686/2004 de 29 de septiembre; JUR/2004/292298<sup>34</sup>). Otro caso similar de agravamiento imprevisible y de especial gravedad de una enfermedad anterior que lleva al viajero a una situación terminal fue decidido por la SAP Valencia, Sección 9.ª, n.º 155/2007, de 13 de junio (JUR/2007/258924<sup>35</sup>).

---

<sup>30</sup> ECLI: ES:APM:2006:2726.

<sup>31</sup> ECLI: ES:APGR:2004:1971.

<sup>32</sup> ECLI: ES:APV:2009:6232.

<sup>33</sup> Como dice ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Un estudio de campo: Examen de algunas cláusulas de los contratos de viaje combinado y de ciertos contratos turísticos sueltos”, *op. cit.*, págs. 74-75, nota 73, “el concepto de fuerza mayor no puede ser interpretado restrictivamente como se hace en otros ámbitos del Derecho privado. En el marco de un viaje programado la fuerza mayor puede ser la muerte de un familiar, la enfermedad del viajero, una situación imprevisible de tipo profesional o de naturaleza económica...”.

<sup>34</sup> ECLI: ES:APMA:2004:4102.

<sup>35</sup> ECLI: ES:APV:2007:1560.

Por el contrario, no se califica de fuerza mayor la inflamación aguda del bazo por una enfermedad que había sido diagnosticada con anterioridad a la contratación del viaje y se le había prescrito reposo relativo a la viajera (SAP Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, de 28 de febrero de 2003; AC/2003/959<sup>36</sup>), ni cuando se trata de una enfermedad grave o crónica diagnosticada con anterioridad a la viajera y que había provocado varias recaídas anteriores, incluso en fechas muy cercanas a la contratación del viaje (SAP Murcia, Sección 5.<sup>a</sup>, n.º 400/2012 de 7 de noviembre; AC/2012/2380<sup>37</sup>).

Siendo un viaje contratado por una empresa para 25 de sus empleados, tampoco se consideró fuerza mayor, para los otros 24, la enfermedad de uno de los miembros del grupo, pues el viaje no había sido contratado con esa condición ni tampoco en atención o consideración a la persona enferma, por muy loable que sea la actitud de sus compañeros de no viajar sin él (SAP Zamora, Sección 1.<sup>a</sup>, n.º 297/2006 de 29 de diciembre; JUR/2007/82315<sup>38</sup>).

B) Enfermedad grave (los informes médicos señalaban que su estado era crítico) de la madre del actor (SAP Barcelona, Sección 11.<sup>a</sup>, n.º 569/2009 de 25 de noviembre; JUR/2010/43714<sup>39</sup>) o de la suegra (de 67 años de edad, que había sufrido un ingreso hospitalario debido a un infarto cerebral sin que existiera patología previa: SAP Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, n.º 613/2005 de 25 de julio, JUR/2005/229140<sup>40</sup>; e incluso de 90 años que es ingresada en la UCI durante dos días y luego es dada de alta, pero siendo previsible un desenlace fatal: SAP Madrid, Sección 20.<sup>a</sup>, n.º 23/2013 de 28 de diciembre, JUR/2013/41697<sup>41</sup>).

Pero no puede apreciarse si el motivo alegado es el trastorno depresivo de un hijo de los viajeros, que con anterioridad ya venía sufriendo crisis de ansiedad y que no requirió medicación alguna, siendo derivado al servicio de psicología (SAP Albacete, Sección 1.<sup>a</sup>, n.º 72/2005 de 17 de marzo; JUR/2005/96591<sup>42</sup>).

C) Fallecimiento de la hermana de la actora y cuñada del actor tras una intervención quirúrgica: se le había diagnosticado un año antes una enfermedad grave y degenerativa, y la intervención también estaba prevista, pero no había sido ingresada antes por este motivo y su tratamiento era meramente farmacológico, de manera que era imprevisible un empeoramiento y desenlace como el que se produjo (SAP León, Sección 1.<sup>a</sup>, n.º 351/2009 de 17 de junio; AC/2009/1657<sup>43</sup>).

---

<sup>36</sup> ECLI: ES:APB:2003:1968.

<sup>37</sup> ECLI: ES:APMU:2012:2857.

<sup>38</sup> ECLI: ES:APZA:2006:408.

<sup>39</sup> ECLI: ES:APB:2009:12116.

<sup>40</sup> ECLI: ES:APMA:2005:2599.

<sup>41</sup> ECLI: ES:APM:2013:22616.

<sup>42</sup> ECLI: ES:APAB:2005:212.

<sup>43</sup> ECLI: ES:APLE:2009:776.

D) Intervención quirúrgica del viajero ante una pérdida de visión repentina en el ojo izquierdo a causa de un desprendimiento de retina (se trataba de un viaje de luna de miel), a pesar de que había sido operado de cataratas cuatro años antes y de desprendimiento de retina en el otro ojo (SAP Madrid, Sección 21ª, n.º 376/2016 de 4 de octubre; JUR/2016/276318<sup>44</sup>).

Por último, también es posible que alguna de las circunstancias anteriormente descritas y que han tenido la consideración de supuestos de fuerza mayor para nuestros tribunales, puedan producirse durante la ejecución del viaje. En este caso entendemos que las mismas razones abonan una solución similar, de manera que el usuario podrá resolver el contrato abonando solo las prestaciones ya ejecutadas<sup>45</sup>.

## **5.2. Incidencia sobre esta cuestión del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, respecto a la adopción de ciertas medidas en el ámbito económico para hacer frente al COVID-19**

Desde la declaración del estado de alarma en España mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con sus sucesivas prórrogas, hasta la finalización de esta situación el día 9 de mayo de 2021, se ha venido aprobando una densa legislación para hacer frente en diversos ámbitos al COVID-19.

En concreto, resultó sorprendente que mediante un real decreto-ley se aprobara de forma urgente una norma (el art. 36), dentro de una sección dedicada teóricamente a promover “*medidas de protección de consumidores*”, que viniera precisamente a establecer recortes significativos en los derechos de los consumidores en comparación con los derechos que hasta ese momento les venía reconociendo tanto la regulación establecida en el TRLGDCU como la normativa civil general.

Tal es la situación que propició el todavía vigente art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (con las aclaraciones introducidas posteriormente por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril). La importante contestación que recibió esta norma obligó a su modificación en algunos aspectos importantes por parte del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que desde el día 30 de marzo de 2021 debe entenderse tácitamente derogado por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, del mismo

---

<sup>44</sup> ECLI: ES:APM:2016:15484.

<sup>45</sup> GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, op. cit., pág. 213. Es también la solución que dispensaba el art. 33.2 de la ya derogada Orden de 14 de abril de 1988, por la que se aprueban las normas reguladoras de las Agencias de Viajes: “*Si tales causas sobrevienen después de iniciado el viaje, la Agencia vendrá obligada a proporcionar a su cliente, en todo caso, el regreso hasta el punto de origen y a devolver las cantidades que proporcionalmente correspondan*”.

nombre, pues esta Ley ha mantenido invariable la redacción dada a este art. 36 por parte del Real Decreto-ley 21/2020<sup>46</sup>.

En la redacción originaria del art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020, sin duda, la situación más gravosa recayó sobre los viajeros cuyos contratos de viaje combinado hubieran sido cancelados con motivo del COVID-19 y la situación de estado de alarma declarada. El perjuicio a estos viajeros en concreto podía apreciarse fácilmente en dos novedades que les afectaban directamente y que introdujo el apartado 4 de este art. 36:

**1.ª)** Se autorizaba al organizador, o en su caso al minorista, en caso de cancelación del viaje por estos motivos (“*cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias*”, conforme al art. 160.2 TRLGDCU) a entregar al viajero un bono para ser utilizado durante el plazo de un año tras la finalización del estado de alarma y de sus prórrogas. Solamente pasado dicho plazo de validez del bono parece que es cuando recuperaba el viajero su derecho a solicitar el desembolso en efectivo de todo pago realizado, quedando mientras tanto paralizada esta pretensión del viajero<sup>47</sup>.

**2.ª)** El derecho del viajero a obtener el reembolso en efectivo en caso de cancelación del viaje por estos motivos se condicionaba al hecho de que el organizador, o en su caso el minorista, hubiera obtenido a su vez el desembolso de dichas cantidades, en todo o en parte, de los proveedores de los servicios incluidos en el viaje combinado (si lo es en parte, se descontará proporcionalmente del bono entregado). Aun en este caso, el organizador y el minorista contaba con un plazo máximo de sesenta días, desde la resolución del contrato, para efectuar los reembolsos a los viajeros (salvo que aquellos hubieran obtenido la devolución por parte de los proveedores en un plazo inferior).

Aquí se descubría la verdadera *ratio* de la norma, que no era otra que tratar de aliviar la situación financiera de estos empresarios turísticos, sobre todo de los minoristas (así, las agencias de viajes), que en otro caso se verían obligados a desembolsar en efectivo en un corto periodo de

---

<sup>46</sup> Ampliamente sobre este precepto: MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, 2020, págs. 1-39 (el mismo autor también en: “Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-ley 11/2020”, en *CESCO*, págs. 1-24, con fecha de publicación 11 de abril de 2020); GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, en *Revista de Derecho Civil*, n.º 2, especial, 2020, págs. 22 y ss.; PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, *op. cit.*, págs. 11 y ss.

Referencias también en GANUZA, J. J./ GÓMEZ POMAR, F., “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, en *Indret*, núm. 2, 2020, págs. 574-576.

<sup>47</sup> Sobre este bono y las ventajas de configurarse como un título-valor, *vid.* CARRASCO PERERA, A., “El «bono-COVID» emitido por las agencias de viajes en favor de los consumidores”, 2020, págs. 1-5 (disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/04/EI-%C2%ABbono-COVID%C2%BB-emitido-por-las-agencias-de-viajes-en-favor-de-los-consumidores.pdf>). Un apunte de Derecho comparado sobre estos bonos en PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, *op. cit.*, págs. 24 y ss.

tiempo tras la conclusión del estado de alarma y sus prórrogas de unas cantidades de las que no disponían porque en muchos casos ellos tampoco habían recibido el reembolso de las mismas por parte de los prestadores de los servicios de viaje incluidos en el contrato<sup>48</sup>. En cualquier caso, se convertía a los viajeros en “financiadores privados” de las agencias de viajes para impedir su quiebra financiera, lo que no se correspondía precisamente con una norma (el art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020) llamada teóricamente a proteger los intereses de los consumidores y usuarios (viajeros, en realidad).

Podría entenderse razonable en una situación como la propiciada por el COVID-19 imponer un mutuo sacrificio económico a ambos contratantes durante un tiempo prudencial, pero no parecía justo el excesivo plazo de un año del bono mencionado. La balanza se había decantado de una forma muy clara y excesiva a favor del empresario turístico y en contra del viajero de un viaje combinado, sin traer tampoco en ningún momento a colación a los garantes de la responsabilidad contractual en este tipo de viajes conforme al art. 17 de la Directiva 2015/2302/(UE), de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (en adelante, Directiva 2015/2302) y arts. 155.2c), 164 y 165 TRLGDCU. Es más, lo que vienen haciendo estos bonos es establecer precisamente que “*el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución*” exigido en el art. 36.4 se cumple remitiendo a las garantías financieras de los preceptos del TR antes mencionados.

Obsérvese que en la actualidad el art. 160.4 TRLGDCU establece el desembolso en efectivo, sin penalización alguna y en un plazo máximo de catorce días naturales desde la terminación del contrato en todo caso. Por ello era razonable plantear serias dudas de legalidad sobre el art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020 en este punto, pues el art. 160.4 TRLGDCU mediante el que se transpuso al ordenamiento jurídico español del art. 12.4 de la Directiva 2015/2302 de 25 de noviembre, establece que:

*El organizador proporcionará cualesquiera reembolsos exigidos en los apartados 2 y 3, o, con respecto al apartado 1, reembolsará cualquier pago realizado por el viajero o en su nombre por el viaje combinado menos la penalización adecuada por terminación. Dichos reembolsos o devoluciones se realizarán al viajero sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo no superior a catorce días después de la terminación del contrato de viaje combinado.*

Lógicamente, esta cuestión tiene que ponerse en relación con el nivel de armonización establecido en el art. 4 de la propia Directiva, que no admite disposiciones nacionales más o menos estrictas que establezcan un nivel diferente de protección de los viajeros en los aspectos

---

<sup>48</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, *op. cit.*, págs. 3-4 y 35-37; GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, *op. cit.*, págs. 38 y 40; PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, *op. cit.*, pág. 17.

regulados en la Directiva, sin que exista ninguna excepción en este punto<sup>49</sup>. Debe reconocerse la situación de excepcionalidad generada por la pandemia del COVID-19, pero creemos que ello no podía justificar un recorte tan significativo de los derechos de los viajeros de viajes combinados<sup>50</sup>.

Por supuesto que en este punto quisimos entender que la continua referencia del art. 36.4 al “consumidor o usuario” se había querido hacer, en realidad, a todo viajero de un viaje combinado, porque una interpretación diferente y basada en la literalidad de la norma conllevaría una mayor protección al viajero que no tenga la consideración de consumidor/usuario en el sentido del art. 3 TRLGDCU, pues no se vería afectado por una norma presentada como “medida de protección de consumidores”<sup>51</sup>.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, introdujo dos importantes modificaciones en este art. 36.4: la primera, que la entrega del bono requería la previa aceptación por parte del consumidor o usuario, y la segunda y no menos importante, se establecía que, transcurrido el plazo de validez del bono sin ser utilizado, entonces el reembolso completo al consumidor debía realizarse en un plazo de catorce días, desechando el originario plazo de sesenta.

Con estas modificaciones el legislador trató de adaptar este art. 34 a la Recomendación (UE) 2020/648, de 13 de mayo, de la Comisión Europea sobre estos bonos (así se reconoce expresamente en el preámbulo del Real Decreto-ley 21/2020).

En la misma línea señalada respecto a los contratos de viaje combinado, los alojamientos turísticos también quedaron directamente afectados por el art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020, sobre todo por sus dos primeros apartados.

La afectación en el ámbito de los alojamientos turísticos se manifestó básicamente en dos puntos:

---

<sup>49</sup> Establece este art. 4: “Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva, los Estados miembros no mantendrán ni establecerán, en su Derecho nacional, disposiciones contrarias a las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas que den a los viajeros un nivel diferente de protección”.

<sup>50</sup> Sobre esta cuestión y reclamando una actuación más audaz por parte de la Unión Europea en este ámbito: GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, *op. cit.*, págs. 43-45.

<sup>51</sup> En cualquier caso, resulta sorprendente que este art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020 se refiera a los viajeros en términos de “consumidor o usuario”, cuando la Directiva 2015/2302 de 25 de noviembre, y a consecuencia de ello el Real Decreto-ley 23/2018 de 21 de diciembre a cuyo través quedó transpuesta dicha Directiva, haya sustituido toda referencia al “consumidor o usuario” por la más amplia de “viajero”, que fue precisamente una de las principales novedades de esta reforma legal.

Probablemente el afán de Ministerio de Consumo por dejar su impronta en la norma y tratar de presentarla como una norma de protección de consumidores y usuarios ha provocado esta incoherencia normativa.

**1.º)** Conforme al todavía vigente art. 36.1, en caso de que el contrato de prestación de servicio en el que haya intervenido un consumidor o usuario resulte de imposible cumplimiento a consecuencia del estado de alarma decretado por el COVID-19, entonces se estableció el derecho del consumidor o usuario a resolver el contrato en un sorprendente, perentorio y misterioso plazo de catorce días, que parece que empieza a contarse desde la imposible ejecución del contrato, tras la aclaración introducida por la disposición final décima del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, que modificó este art. 36.1.

Y sin ningún tipo de pudor, la norma habla a continuación de que se trata de una pretensión de resolución del contrato a la que sigue un periodo de negociación entre las partes por un periodo de sesenta días para realizar propuestas de cara a la revisión del contrato (¿para la revisión de un contrato que resulta de imposible cumplimiento, según dice el precepto?), de manera que la norma es bastante desafortunada en su redacción y sigue planteando serias dudas sobre la naturaleza jurídica tanto de este plazo de catorce días (que parece de caducidad, suspendido durante el estado de alarma) como de las pretensiones mismas ejercitables y sus relaciones con las demás pretensiones ejercitables conforme a las reglas generales del Derecho contractual y las especiales del Derecho de consumo.

También se preveía (y prevé) expresamente que las propuestas de revisión del contrato puedan incluir el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios de reembolso, que el Real Decreto-ley 21/2020 aclaró que eran voluntarios para el consumidor y cuya redacción ha mantenido la Ley 2/2021.

MARÍN LÓPEZ defiende una interpretación del precepto en el sentido de que primero se solicitará la resolución del contrato y tras ello se abrirá el periodo de negociación de sesenta días durante los cuales la resolución queda suspendida, pasado el cual sin llegarse a un acuerdo entre las partes, entonces será cuando el consumidor podrá ejercitar su pretensión de resolución en el plazo de catorce días para obtener el reembolso de las cantidades que se le adeudan, como efecto propio de la resolución del contrato (y siempre que haya cesado el estado de alarma). Lo que sí parece claro es que dicha pretensión de resolución habrá de integrarse dentro del régimen jurídico aplicable a esta pretensión conforme a nuestras reglas generales en materia de contratos o las especiales de protección de los consumidores, con los requisitos tradicionalmente exigibles y desarrollados por la jurisprudencia<sup>52</sup>.

En todo caso y como decimos, el legislador del Real Decreto-ley 11/2020 pareció (y sigue pareciendo) desconocer todas estas reglas generales del Derecho de contratos y la interpretación y aplicación jurisprudencial de las mismas, particularmente en lo que se refiere a la

---

<sup>52</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, *op. cit.*, págs. 12 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, *op. cit.*, págs. 38-40.

imposibilidad sobrevenida fortuita de las obligaciones y a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

2.º) Por otro lado y conforme al art. 36.2, como se ha dicho antes, una vez constatado que el contrato resulta de imposible cumplimiento (en los términos y plazos del apartado 1 antes comentado, lo que quiere decir que ha fracasado la pretensión de revisión del contrato y la entrega de bonos al consumidor), entonces es cuando el consumidor/usuario tiene derecho a la resolución del contrato y con ella al reembolso en efectivo de las cantidades abonadas en un plazo máximo de catorce días.

Pero además se establece otra salvedad a este reembolso íntegro en efectivo, pues el prestador del servicio (o proveedor de bienes) podrá descontar los “*gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor*”, sin que se concrete a qué tipo de gastos se refiere la norma, albergando el peligro de funcionar en la práctica como verdaderas penalizaciones a los consumidores. Se ha señalado también que esta norma, en cuanto establece una excepción a la restitución íntegra, pueda ser incluso contraria a la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores (art. 18.3)<sup>53</sup>, pero su redacción originaria se ha mantenido hasta la actualidad.

Por último en este punto debemos constatar que, respecto a los apartados 1 y 2 de este art. 36, no cabe otra interpretación que entender tales normas aplicables únicamente a quienes ostenten la consideración de consumidores o usuarios conforme al art. 3 TRLGDCU, lo que quiere decir que los contratos entre empresarios quedan fuera de su ámbito de aplicación y regidos por las reglas generales del Derecho de contratos, que con seguridad confieren una mayor protección jurídica a los adquirentes de bienes y usuarios de servicios que la dispensada a los consumidores y usuarios por tales normas.

## **6. EL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO SOBRE LOS PACTOS ACERCA DE RESERVAS, ANTICIPOS Y CANCELACIONES. EN PARTICULAR, LOS LÍMITES DE LAS PENALIZACIONES PACTADAS**

Usualmente los contratos turísticos entre empresarios y consumidores o usuarios (en el sentido del TRLGDCU) presentan como características el hecho de ser contratos de adhesión y sometidos a condiciones generales<sup>54</sup>. Sin embargo, creemos que en la situación actual del mercado de alojamientos turísticos el régimen o política de los anticipos y las cancelaciones debe tenerse en la mayor parte de los casos como conformador del objeto del contrato,

---

<sup>53</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, *op. cit.*, págs. 20-21.

<sup>54</sup> TORRES LANA, J. A. “Derechos y garantías del usuario de servicios turísticos adquiridos *on line*”, *op. cit.*, pág. 790; VATTIER FUENZALIDA, C., “El turismo y los contratos de adhesión”, en *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, (Ed. F. J. Melgosa Arcos), Actas de las I Jornadas, Ávila, 1994, pág. 82.

perfectamente conocido por el potencial usuario o cliente y cuyo correcto conocimiento ha incidido de manera decisiva en su decisión de contratar. Por ello y como regla, la regulación de anticipos y cancelaciones en un contrato de consumo en estas condiciones deberá quedar excluida de todo control de contenido por parte de la legislación protectora de los consumidores, salvo que pueda justificarse en su caso un defecto de transparencia a través de cláusulas no negociadas individualmente que afecten a estos elementos. Pero no parece, como decimos, que en el desarrollo actual del mercado de este tipo de alojamientos las políticas de cancelación y la regulación de sus efectos puedan tenerse por elementos meramente eventuales y accesorios del contrato<sup>55</sup>.

En concreto y siguiendo a PERTÍÑEZ VÍLCHEZ<sup>56</sup>, se trataría de un caso de “elección de tarifas”: “En general, se pueden considerar como conformadoras del objeto del contrato y, por tanto, consentidas, todas aquellas cláusulas relativas a condiciones y características del bien o servicio del contrato, que estén directamente asociadas a una tarifa. En los supuestos de «elección de tarifas» (*choice of rates*), se ofrece al cliente la posibilidad de contratar a un precio menor, asumiendo unas peores condiciones del bien o servicio, o a un precio mayor, con mejores condiciones (el ejemplo característico es el de las diferentes tarifas de las compañías aéreas, que se gradúan de mayor a menor, en virtud de unas diferentes condiciones del servicio, que van desde la comodidad de viajar en clase «*business*», hasta la imposibilidad de hacer cancelaciones). Como ha señalado en nuestra doctrina ALFARO, en estos casos nos encontraríamos ante una cláusula seleccionada, es decir, consentida, siempre y cuando el cliente asumiera conscientemente que la tarifa más económica va asociada a una o varias condiciones peores”.

Por otra parte y respecto a las penalizaciones asociadas al ejercicio del derecho de desistimiento o cancelación en este caso, la doctrina parece encontrarse dividida entre la calificación de tales pactos como cláusulas penales, aun en los casos en que produce la retención de cantidades abonadas y que permiten al usuario desistir<sup>57</sup>, o su consideración como arras de desistimiento

---

<sup>55</sup> Sobre esta cuestión, CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 114-117; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Y ahora qué”, en *InDret*, núm. 1/2017, págs. 1-6.

<sup>56</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, págs. 129-130.

También CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, op. cit., págs. 97 y ss.

<sup>57</sup> REPRESA POLO, P./ DE HARO IZQUIERDO, M., “Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento”, *op. cit.*, pág. 396. En el mismo sentido parecen expresarse VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*, Madrid, La Ley, 2009, págs. 160-161, y BLANQUER CRIADO, D., *Derecho del Turismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 398.

o penitenciales<sup>58</sup>, lo que parece que en un plano teórico pudiera tener alguna consecuencia en relación a la posibilidad o no de moderación de la cantidad establecida (en aplicación de los arts. 1152-1154 CC), aunque no discurren así las cosas para la jurisprudencia, que no suele recurrir a la distinción entre cláusula penal y arras penitenciales para este fin<sup>59</sup>.

La cuestión está en determinar si dichas penalizaciones cuentan con algún tipo de límite legal imperativo, sobre todo cuando se incluyan en un contrato celebrado entre un empresario y un cliente al que resulte de aplicación la normativa protectora de los consumidores.

Resulta llamativo que la normativa autonómica, cuando ha entrado a regular este aspecto del contrato de alojamiento, generalmente remita la cuestión a la autonomía de la voluntad de los contratantes sin más consideraciones, y en algunos casos, recoja incluso un régimen supletorio que avala una penalización que puede llegar hasta el 100% del importe de la reserva (así y según el Decreto 28/2016 de Andalucía, cuando la cancelación se hace con menos de diez días de antelación, salvo supuestos de fuerza mayor). Pero no hemos encontrado en estas normas autonómicas ninguna previsión que exija una cierta adecuación entre la cuantía de la penalización y los daños efectivamente causados al prestador o empresario por este motivo.

En la normativa reguladora de los viajes combinados y tras la reforma realizada en 2018, que puede servir al menos como referente, exige el art. 160 TRLGDCU que la penalización por desistimiento debe ser adecuada y justificable, de manera 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*”. Esta norma cita tres elementos esenciales a la hora de determinar la penalización: la antelación con la que se haya producido la cancelación o desistimiento, el ahorro de costes para el prestador del servicio y los ingresos esperados por la utilización del servicio por otro viajero que lo haya contratado tras la cancelación (este último puede conectarse con el deber del dañado de mitigar el daño). Pues bien, de estos tres elementos, las normas autonómicas suelen centrarse exclusivamente en el primero e ignoran los otros dos.

Por otra parte, si acudimos a la normativa general protectora de los consumidores, además de las normas generales sobre deberes precontractuales de información al consumidor (en este caso y señaladamente, el art. 60.2 h) TRLGDCU respecto al derecho de desistimiento que pueda asistir al consumidor), podemos encontrar ciertas normas que limitan –cuando sean admisibles– las penalizaciones o indemnizaciones vinculadas al ejercicio del derecho de desistimiento a los daños efectivamente causados, como ocurre en el art. 62.3 respecto a los contratos de prestación

---

<sup>58</sup> Esta parece la opinión de DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C. *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, Comares, 2000, pág. 223. También ÁLVAREZ MORENO, M.<sup>a</sup> T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, Edersa, 2000, pág. 297, respecto al contrato de viaje combinado.

<sup>59</sup> Vid. al respecto la amplia exposición de DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, *op. cit.*, págs. 221-236.

de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, lo que resulta reiterado en el art. 87.6 como cláusula abusiva por falta de reciprocidad. No parece, sin embargo, que en relación al derecho de desistimiento que estamos analizando pueda traerse a colación el art. 85.6 TRLGDCU, respecto a “*las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumple sus obligaciones*”<sup>60</sup>.

A tenor de esta normativa, ¿qué puede entonces decirse sobre la legalidad de las penalizaciones por cancelación en los contratos de alojamiento? ¿Son admisibles sin límites las llamadas “reservas no reembolsables” de alojamientos, también en contratos con consumidores?.

En nuestra opinión y como ya se ha dicho, teniendo en cuenta el desarrollo actual del mercado de alojamientos en nuestro país, el régimen contractual de las reservas, los anticipos y las cancelaciones será ordinariamente un elemento configurador del objeto del contrato que el oferente habrá explicitado como tal, y que será conocido suficientemente por el consumidor hasta el punto de que para este será un elemento esencial en su decisión de contratar o no, tan importante como el precio del mismo, con el que existirá una relación directa, como ocurre especialmente con las “reservas no reembolsables”.

Es más, ya se ha defendido antes la relación directa que entendemos existe entre el pago de un anticipo y la cancelación de la reserva, de manera que en la duda podemos deducir de la voluntad tácita de las partes o de los usos que la intención de los contratantes era en estos casos conceder al usuario un derecho de desistimiento con una penalización consistente en la pérdida del anticipo. Los contratantes expresan así un equilibrio contractual que no debe ser modificado por el legislador ni por los tribunales de justicia como regla.

Cuestión distinta es que algunos aspectos del derecho de desistimiento se encuentren regulados en condiciones generales, en cuyo caso habrá de aplicarse la normativa protectora de los consumidores en este punto<sup>61</sup>.

## **7. LA RAZONABLE INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO EN LA ORDENACIÓN DE LAS RESERVAS, LOS ANTICIPOS Y EL RÉGIMEN DE LAS CANCELACIONES: LA ABSTENCIÓN COMO REGLA**

La actual normativa autonómica no parece tener muy en cuenta que una cosa es regular la actividad turística en sí y otra muy distinta es regular la relación contractual jurídico-privada a

---

<sup>60</sup> Sobre esta cláusula específica: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al art. 85.6”, en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor, Aranzadi, 2009, págs. 1044-1050; MARÍN GARCÍA, I., *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, págs. 180-184.

<sup>61</sup> En este sentido ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Un estudio de campo: Examen de algunas cláusulas de los contratos de viaje combinado y de ciertos contratos turísticos sueltos”, *op. cit.*, págs. 71-72 analiza, respecto al derecho de desistimiento, algunas de estas cláusulas en contratos de viaje combinado.

cuyo través sujetos particulares ejercitan aquella actividad. MORENO-TORRES HERRERA lo expone claramente en relación a las viviendas turísticas: “Debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico hay dos tipos de normas referidas a las viviendas turísticas: de un lado, las destinadas a disciplinar la relación contractual; de otro lado, las que tienen por objeto regular la actividad turística”<sup>62</sup>.

En este sentido, algunas normas autonómicas han introducido reglas dispositivas reguladoras de la cancelación de la reserva y sus consecuencias jurídicas y económicas, como ya se ha visto con anterioridad en lo referente a algunos aspectos. Un buen ejemplo de ello lo sería el art. 8 del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, sobre viviendas con fines turísticos de Andalucía, que establece (subrayado nuestro):

*Artículo 8. Precio y reserva*

*1. (...)*

*2. Las condiciones de precio, reserva, anticipos y, en su caso, cancelación se regirán según lo expresamente pactado entre ambas partes, que en todo caso, deberán ser detalladas y publicitadas con carácter previo a la contratación. En el momento de efectuar la reserva se facilitará a las personas usuarias un justificante de haber realizado la misma, en el cual, se informará del precio total de la reserva, de los anticipos efectuados y penalizaciones aplicables en su caso.*

*3. Cuando no se haya pactado expresamente entre las partes los términos previstos en el apartado anterior, las personas o entidades explotadoras de las viviendas podrán exigir a las personas usuarias que efectúen una reserva, un anticipo del precio en concepto de señal, que se entiende a cuenta del importe resultante de los servicios reservados hasta un máximo del 30% del total de la estancia.*

*Igualmente, en caso de producirse cancelación de la reserva por la persona usuaria, la persona o entidad explotadora de la vivienda podrá retenerle hasta el 50% del anticipo efectuado si la cancelación se efectúa antes de diez días de la fecha prevista para la ocupación. Si se cancela la reserva con menos de diez días de la fecha prevista para la ocupación, se podrá retener el importe total del anticipo.*

*Cuando la cancelación se efectúe por parte de la persona o entidad explotadora, deberá devolver el anticipo efectuado por la persona usuaria y si la reserva se cancela con menos de 10 días de antelación además deberá indemnizarle con el*

---

<sup>62</sup> MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L., “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, *op. cit.* pág. 195.

30% del precio de la estancia contratada.

4. De producirse una cancelación de la reserva, tanto por parte de persona usuaria como por parte de la persona o entidad explotadora, por motivos de fuerza mayor, debidamente justificada, no se podrá aplicar penalización alguna. Se entenderán motivos de fuerza mayor las circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida.

Creo que lo primero que debe quedar sentado es que, en nuestra opinión, puede resultar contraproducente que el legislador autonómico intervenga legislativamente en el mercado para ordenar de forma imperativa el régimen de las reservas, los anticipos y las cancelaciones, pues puede introducir distorsiones en un mercado bastante competitivo, que funciona razonablemente en este punto y que permite a oferentes y demandantes diversificar sus productos y riesgos.

En este sentido, la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1978 (y con anterioridad, la Órdenes de 28 de marzo de 1966 y la de 17 de enero de 1967), aprobada todavía para funcionar en un sistema económico sujeto a la intervención pública, no debe ser tomada ni como un antecedente ni como un acicate para que las Comunidades Autónomas pretendan erigirse en sus sucesores y traten de regular de forma imperativa un régimen de mínimos aplicable en este punto, ni siquiera con la finalidad de proteger a los usuarios.

Pero creemos que debe llegarse aún más lejos y rechazarse también, con carácter general, la tentación de establecer un régimen jurídico dispositivo aplicable supletoriamente para regular las reservas, anticipos y cancelaciones cuando las partes nada hayan acordado expresamente al respecto. Aparte de las objeciones que podrían realizarse desde el punto de vista de las competencias legislativas de muchas de las CCAA para la regulación de los aspectos de Derecho privado (y generalmente mediante normas reglamentarias)<sup>63</sup>, la principal razón para defender esta posición nos parece obvia: la regulación contractual deja escaso margen a la intervención del legislador porque es difícil encontrar “lagunas” en este punto en los contratos de alojamiento que exija de una intervención legislativa.

Obviamente pueden existir otros aspectos del contrato de alojamiento que sí pueden requerir de una intervención del legislador, por ejemplo, para reforzar la protección de los consumidores

---

<sup>63</sup> Vid. ampliamente al respecto, tanto por cuestiones materiales (afectación a las bases de las obligaciones contractuales o al derecho de propiedad) como de forma (regulación mediante reglamentos), MESA MARRERO, C., “Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil”, *InDret*, núm. 3/2019, págs. 24 y ss. En el mismo sentido, CAMPUZANO TOMÉ, H., “La injustificada cesión de competencias realizada por el legislador estatal a los legisladores autonómicos para regular el Alquiler de Viviendas de Uso Turístico”, en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, (Dir. P. A. Munar Bernat/ M.ª A. Martos Calabrús/ R. López San Luis/ V. Bastante Granell), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, págs. 114 y ss.; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El alojamiento colaborativo*, *op. cit.*, págs. 71 y ss. y 155.

de este tipo de servicios, pero en los aspectos que estamos aquí tratando y si pensamos incluso en los supuestos que venimos estudiando y que pueden resultar más dudosos (la reserva sin anticipo y la reserva con pago del precio no reembolsable), resulta obvio que en el primer caso la voluntad de los contratantes habrá sido la de excluir cualquier penalización por cancelación, mientras que en el segundo caso habrá sido la de excluir el derecho mismo a cancelar. Por tanto, la intervención del legislador no solo no resulta necesaria en estos aspectos concretos, sino que puede llegar a contrariar el contenido contractual, más o menos expresamente, acordado por las partes.

Y es que la intervención del legislador autonómico en este punto puede llevar a resultados más que dudosos. Tomemos como ejemplo el art. 8.2 del Decreto 28/2016 de Andalucía antes expuesto, en cuanto establece que *“las condiciones de precio, reserva, anticipos y, en su caso, cancelación se registrarán según lo expresamente pactado entre ambas partes, que en todo caso, deberán ser detalladas y publicitadas con carácter previo a la contratación”*.

Al exigirse un pacto expreso entre las partes, ello da pie a que el apartado tercero establezca un régimen supletorio en defecto de tal pacto expreso, en estos términos:

*3. Cuando no se haya pactado expresamente entre las partes los términos previstos en el apartado anterior, las personas o entidades explotadoras de las viviendas podrán exigir a las personas usuarias que efectúen una reserva, un anticipo del precio en concepto de señal, que se entiende a cuenta del importe resultante de los servicios reservados hasta un máximo del 30% del total de la estancia.*

De esta forma, si en el momento de realizar la reserva no se estableció expresamente nada sobre el pago de un anticipo, esta norma permitiría al prestador reclamarlo al usuario con posterioridad, cuando lo razonable en nuestra opinión es entender que si no se pacta expresamente o se reclama anticipo alguno al hacer la reserva, ello debe ser interpretado como la contratación de una reserva sin anticipo, que permite la cancelación posterior sin penalización alguna. Por el contrario y siguiendo la “lógica” de la norma, el párrafo siguiente permitiría a la entidad explotadora de la vivienda retener entre el 50% y el 100% del anticipo también en este caso.

El “colmo” de la intervención legislativa lo constituye el último párrafo de este art. 8.3, conforme al cual:

*Cuando la cancelación se efectúe por parte de la persona o entidad explotadora, deberá devolver el anticipo efectuado por la persona usuaria y si la reserva se cancela con menos de 10 días de antelación además deberá indemnizarle con el 30% del precio de la estancia contratada.*

Y esta norma sí es especialmente peligrosa para el usuario, pues lo habitual en el mercado turístico es que nada se establezca expresamente sobre la posibilidad de que el prestador del

servicio pueda cancelar él también la reserva, lo que ha de ser interpretado razonablemente como una exclusión de este derecho para el prestador. Pues bien, tal y como está redactada la norma parece que, si nada se pacta expresamente al respecto, entonces y de forma supletoria el legislador reconoce al prestador también un derecho a desistir del contrato con la penalización consistente en devolver del 30% al 100% del anticipo previamente cobrado; algo así como una “contraprestación” por el derecho a la cancelación concedida al usuario, pero concedida (inexplicablemente) a quien usualmente predispone todo el contenido contractual. Y esto sí que es romper el equilibrio contractual alcanzado por los contratantes<sup>64</sup>.

Por ello y en todo caso, la aplicación de este tipo de normas debería ser muy cautelosa y proceder únicamente en ausencia de todo pacto, expreso o tácito, o derivado de los usos o del principio de la buena fe en cada caso. Así, será frecuente derivar tácitamente, de los usos o de la buena fe la imposibilidad de que el propietario o explotador de una vivienda turística pueda cancelar válidamente una reserva, salvo en caso de fuerza mayor, de manera que no puede entenderse concedido este derecho con carácter general, ni quedar limitada la indemnización procedente en este caso, de acuerdo con las reglas generales de las obligaciones contractuales, a los porcentajes referidos en este precepto o en preceptos similares.

Como puede apreciarse, el precepto que analizamos, entendido literalmente, ignora también las reglas generales de nuestro Derecho de contratos en materia de interpretación (los arts. 1281 y ss. CC) al establecer que la intención de los contratantes deriva únicamente de la voluntad expresa manifestada por los mismos, así como es palmariamente contraria a otras reglas básicas relativas a la determinación de la reglamentación contractual, como el art. 1258 CC. Su aplicación, por tanto, habrá de llevarse a cabo en consonancia con estas reglas generales, que usualmente determinarán su inaplicación.

Concluimos, por tanto, que no parece existir en este punto vacío normativo alguno que el legislador autonómico deba cubrir mediante normas dispositivas supletorias, al contrario, su bienintencionada intervención puede llevar a resultados totalmente contraproducentes.

Es más, entendemos que si los legisladores autonómicos se abstuvieran de intervenir en los principales aspectos estrictamente contractuales de los contratos de alojamiento, dejando su regulación a la autonomía de los contratantes y a la aplicación de las reglas generales del Derecho de contratos, se alcanzaría el grado de uniformidad en la regulación jurídica de este

---

<sup>64</sup> Piénsese, por ejemplo, en su posible aplicación a los casos de denegación del alojamiento por sobrecontratación (*overbooking*): PÉREZ MARTELL, R./ GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid, La Ley, 2008, págs. 78 y ss.

tipo de contratos (y de seguridad jurídica) que necesita un mercado que funciona razonablemente bien en estos puntos<sup>65</sup>.

Dejemos a las reglas generales (y a las especiales de consumo) establecidas por el legislador civil (y mercantil) la regulación de estos aspectos contractuales y no convirtamos el ámbito de los alojamientos turísticos en otro reino de taifas clamando después frente al Estado por una uniformidad jurídica que ya existiría si el legislador autonómico no hubiera intervenido en este punto.

Cuestión distinta es que el legislador estatal (o autonómico con competencia en materia de Derecho civil) estudiara la conveniencia de reforzar la protección de los consumidores de servicios de alojamiento en algunos otros ámbitos concretos y muy justificados.

## 8. CONCLUSIONES

**Primera.** La práctica sobre alojamientos turísticos ha desarrollado el derecho de cancelación o desistimiento del usuario como el instrumento idóneo para dar respuesta a los conflictos que pueden producirse en caso de que, por necesidades o intereses sobrevenidos del usuario, este pierda su interés en el cumplimiento del contrato de alojamiento celebrado.

Mediante este instrumento jurídico, las partes excluyen la aplicación de los remedios generales para el caso de incumplimiento y los sustituyen por una solución alternativa que permite a ambos contratantes adaptarse a esta nueva situación.

**Segunda.** Frecuentemente, dicha solución alternativa relaciona la política de cancelaciones y penalizaciones con el pago de anticipos al realizar la reserva del alojamiento, de manera que puede distinguirse entre una reserva sin anticipo, una reserva con anticipo de una parte del precio y una reserva con el pago anticipado de la totalidad del precio de la estancia (“reserva no reembolsable”), lo que suele determinar, respectivamente, una cancelación sin pago de compensación (penalización) alguna, una cancelación con el pago de una compensación en la medida del anticipo, y una cancelación donde el derecho de cancelación queda excluido, salvo que otra cosa haya sido acordada expresamente.

En nuestra opinión, creemos que así debe ser interpretada la voluntad de los contratantes en los casos dudosos, vinculándose reservas, anticipos, cancelaciones y penalizaciones (salvo casos de fuerza mayor), en virtud también de una práctica o uso perfectamente asentados en este tipo de contratos, con preferencia a la aplicación supletoria de las normas autonómicas reguladoras del sector turístico.

---

<sup>65</sup> Sobre el régimen supletorio aplicable en el caso de las viviendas de uso turístico, *vid.* DÍAZ VALES, F., “Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico”, en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*, (Dir. M. Lucas Durán), Cizur Menor, Aranzadi, 2019, págs. 140 y ss.

**Tercera.** Parece razonable, con carácter general, la solución arbitrada mayoritariamente por las normas autonómicas sectoriales en el caso de que el usuario no ocupe de manera efectiva su alojamiento el día de inicio del periodo acordado, sin dar explicaciones ni realizar aviso alguno al respecto (y salvo que haya abonado íntegramente el precio del contrato). En este caso, la solución supletoria establecida en tales normas consiste en el mantenimiento de la reserva durante el tiempo cubierto por el anticipo.

Entendemos aceptable esta solución en la medida en que ello sea respetuoso con la voluntad de los contratantes. No parece que sea así cuando, por ejemplo, se haya acordado un anticipo y exista un plazo límite para la cancelación por parte del usuario, en cuyo caso parece lo lógico que la solución sea la establecida en el contrato para la cancelación de la reserva fuera de plazo. Tampoco en el caso de las reservas sin derecho de cancelación parece lógico limitar en estos casos la duración del contrato al tiempo cubierto por el anticipo.

**Cuarta.** Realizada la reserva de un alojamiento en estas condiciones, el régimen de los anticipos y las cancelaciones habrá de tenerse en la mayor parte de las ocasiones como un elemento suficientemente conocido por los contratantes y conformador del objeto del contrato, pues el usuario habrá optado por la elección de una de las tarifas disponibles. En consecuencia, debe quedar excluido todo control de contenido por parte de la legislación protectora de consumidores, salvo que se haya incurrido en un defecto de transparencia o la regulación de algunos aspectos relativos a la política de cancelaciones se haya establecido en las condiciones generales del contrato.

**Quinta.** Debemos, por último, mostrar nuestro desacuerdo con la intervención generalizada del legislador autonómico en la ordenación y regulación de algunos aspectos estrictamente contractuales de los contratos de alojamiento, y en particular, respecto a la ordenación de las reservas, los anticipos y el régimen de las cancelaciones, con normas que pueden resultar perturbadoras y llevar a resultados contrarios a la voluntad de los contratantes.

Incluso estableciéndose una regulación dispositiva supletoria puede provocarse un efecto distorsionador en un mercado competitivo que funciona razonablemente y que precisa de la legislación uniforme que le ofrece las reglas generales del Derecho de contratos, y en su caso, de las reglas especiales del Derecho de consumo.

## **9. BIBLIOGRAFÍA**

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un estudio de campo: Examen de algunas cláusulas de los contratos de viaje combinado y de ciertos contratos turísticos sueltos”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 69, 2004.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Y ahora qué”, en *InDret*, núm. 1/2017.

- ÁLVAREZ MORENO, M.<sup>a</sup> T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, Edersa, 2000.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.<sup>a</sup> S., “¿Deben las compañías aéreas de bajo coste garantizar el derecho del usuario a desistir del vuelo contratado on-line?”, en *CESCO*, núm. 2, 2012.
- BLANQUER CRIADO, D., *Derecho del turismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BELUCHE RINCÓN, I., “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2015.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., “La injustificada cesión de competencias realizada por el legislador estatal a los legisladores autonómicos para regular el Alquiler de Viviendas de Uso Turístico”, en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, (Dir. P. A. Munar Bernat/ M.<sup>a</sup> A. Martos Calabrús/ R. López San Luis/ V. Bastante Granell), Cizur Menor, Aranzadi, 2020.
- CARRASCO PERERA, A., “El «bono-COVID» emitido por las agencias de viajes en favor de los consumidores”, 2020 (<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/04/El-%C2%ABbono-COVID%C2%BB-emitido-por-las-gencias-de-viajes-en-favor-de-los-consumidores.pdf>).
- CASTAÑOS CASTRO, P., *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, Madrid, Dykinson, 2015.
- CASTAÑOS CASTRO, P., “El desistimiento en el contrato de hospedaje”, en *V Jornadas de investigación en turismo. Turismo y sostenibilidad*, Sevilla, Digital @tres, 2012.
- CEBALLOS MARTÍN, M.<sup>a</sup> M., *La regulación jurídica de los establecimientos hoteleros*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004.
- DÍAZ ALABART, S./ ÁLVAREZ MORENO, M.<sup>a</sup> T., “Artículo 16”, en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, (Coord. Díaz Alabart /Dir. M.<sup>a</sup> T. Álvarez Moreno), Madrid, Reus, 2014.

- DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, Comares, 2000.
- DÍAZ VALES, F., “Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico”, en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*, (Dir. M. Lucas Durán), Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El alojamiento colaborativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- GÁLVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008
- GANUZA, J. J./ GÓMEZ POMAR, F., “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, en *InDret*, núm. 2/2020.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, en *Revista de Derecho Civil*, n.º 2, especial, 2020.
- GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Madrid, Tecnos, 1998.
- GÓMEZ CALLE, E., “El contrato de viaje combinado”, en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo V, (Dir. M. Yzquierdo Tolsada), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario art. 85.6.” en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor, Aranzadi, 2009.
- KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997.
- LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MARÍN GARCÍA, I., *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, 2020.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., “Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-ley 11/2020”, en *CESCO* (fecha publicación: 11 de abril de 2020).
- MESA MARRERO, C., “Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil”, en *InDret*, núm. 3/2019.

- MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2010.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L., “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, (Dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Madrid, Reus, 2018.
- PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, en *Revista General del Derecho del Turismo*, n.º 2, 2020.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo III, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IV, 1989.
- PÉREZ MARTELL, R./ GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid, La Ley, 2008.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- REPRESA POLO, M.<sup>a</sup> P./ DE HARO IZQUIERDO, M., “Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento”, en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo V, (Dir. M. Yquierdo Tolsada), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo II, 2001.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991.
- RUIZ-RICO RUIZ, C., “La desadaptación del Derecho de consumo a la tutela del consumidor como turista”, en *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, (Coord. A. Auriolés Martín), Barcelona, Atelier, 2003.
- SAN JULIÁN PUIG, V., “El contrato de hospedaje ¿categoría unitaria que aglutina alojamiento hotelero y extrahotelero?”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011.

TORRES LANA, J. A., “Derechos y garantías del usuario de servicios turísticos adquiridos *on line*”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, (Coord. D. Jiménez Liébana), Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

URBANO JIMÉNEZ, F. J., “Las reservas turísticas: problemática, regulación y defensa de los usuarios”, en *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, (Ed. F. J. Melgosa Arcos), Actas de las I Jornadas, Ávila, 1994.

VATTIER FUENZALIDA, C., “El turismo y los contratos de adhesión”, en *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, (Ed. F. J. Melgosa Arcos), Actas de las I Jornadas, Ávila, 1994.

VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*, Madrid, La Ley, 2009.