



NORMATIVA APLICABLE AL HUÉSPED QUE CELEBRA UN CONTRATO DE HOSPEDAJE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL Y DEL DERECHO ITALIANO

PAULA CASTAÑOS CASTRO*

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Concepto de huésped: ¿es el huésped consumidor? – 3. Preceptos de la legislación de consumo aplicables al huésped – 3.1. La fase precontractual: el deber de información – 3.2. La celebración del contrato: la forma del contrato – 3.3. La ejecución del contrato – 3.3.1. Incumplimiento de las obligaciones relativas a la custodia de los efectos del huésped – 3.3.2. Incumplimiento de otras obligaciones – 4. Preceptos de la legislación de consumo no aplicables al huésped: la imposibilidad de poder desistir conforme a las normas de consumo – 4.1. Alternativas para el huésped – 5. Conclusión final

1. No cabe la menor duda de que el turismo se configura como una de las piezas claves de la economía española y de la economía italiana; no obstante, ninguno de los dos ordenamientos le ha dispensado una regulación concreta a uno de los contratos más celebrados dentro de estos territorios: el contrato de hospedaje profesional, entendido éste como el contrato a través del cual una de las partes – el hostelero – se obliga con respecto a la otra – el huésped – a cederle el uso de la habitación, así como a prestarle determinados servicios, entre los que se encuentran la custodia del equipaje o la manutención, todo ello a cambio de una contraprestación en dinero¹.

Así, el Código Civil se limita únicamente a considerarlo como depósito necesario a efectos de responsabilidad de los fondistas o mesoneros (artículos 1.783-1.784); lo contempla en materia de clasificación de créditos (artículo 1.922. 5º), y finalmente, se refiere a él al

* Profesora ayudante doctora. Universidad de Málaga.

¹ Muchos autores se han aventurado a definir el contrato de hospedaje. En la doctrina española, para Represa Polo, a través de la relación de hospedaje «una de las partes se obliga a prestar a la otra una serie de servicios de distinta naturaleza que giran en torno a una prestación principal que sería el alojamiento; mientras que la otra se obliga a pagar un precio global por el conjunto de prestaciones». M.P. REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Madrid, 2004, p. 36. En la doctrina italiana, *il contratto d'albergo* es definido, entre otros, por Notarstefano, quien señala que se trata de un contrato por el cual «una parte (hospedero) se obliga, mediante retribución, a proporcionar a la otra parte (el cliente) alojamiento y todos aquellos servicios necesarios o eventuales que permitan una estancia confortable». C. Notarstefano, *Lineamenti privatistici delle attività turistiche*, Bari, 1993, p. 23 ss. Del mismo modo se manifiesta Zuddas, quien establece lo siguiente: «por el contrato de albergue, el hospedero se obliga, mediante pago de una retribución en dinero, a proporcionar al cliente alojamiento, poniendo a su disposición otras prestaciones secundarias, como el servicio de bar-restaurante, de lavandería y otras que hagan más cómoda y confortable su estancia». G. CIURNELLI – S. MONTICELLI – G. ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Milano, 1994, p. 14. Para Campione, por su parte, el contrato de hospedaje es aquel a través del cual una parte, el hostelero, se obliga a proporcionar a la otra, el cliente, tanto alojamiento como otras prestaciones, todo ello a cambio de un precio. R. CAMPIONE, *Il contratto di albergo*, en *Trattato dei contratti*, dirigido por Vincenzo Roppo y Alberto M. Benedetti. Milano, 2014, p. 494.



tratar de la prescripción (artículo 1.967. 4º). Por lo que respecta al Derecho italiano, el *Codice Civile* de 1942 dedica los artículos 1783-1786 a regular la responsabilidad del hostelero por los objetos del huésped, estableciendo, como se hace en España, un régimen de responsabilidad limitada en caso de deterioro, destrucción o sustracción de las cosas meramente introducidas por el cliente en el hotel y un régimen de responsabilidad ilimitada en aquellos otros supuestos en los que los efectos son directamente custodiados por el hostelero (custodia directa).

Es precisamente esta atipicidad la que, unida a la importancia económica del turismo en ambos países, nos lleva a estudiar cuáles son las posibilidades de actuación del huésped en las distintas fases del contrato de hospedaje, así como los mecanismos de los que dispone en caso de incumplimiento contractual por parte del hostelero.

Algunas de las cuestiones a las que se intentará dar respuesta son las siguientes: ¿Quién tiene la consideración de huésped? ¿Es el huésped consumidor? ¿Merece el huésped la protección otorgada por los textos de consumo? ¿Por qué no se le aplican las normas destinadas a regular el derecho de desistimiento, que constituye uno de los principales mecanismos de protección de los consumidores? ¿Qué puede hacer si el hostelero incumple sus obligaciones principales?

2. Tanto en España como en Italia el concepto de consumidor como persona física es el mismo: tendrán la condición de consumidores aquellos sujetos que actúen en un ámbito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión².

Teniendo en cuenta esta definición no resulta coherente atribuir al huésped la condición de consumidor en todos los casos. Bien es cierto que en muchas ocasiones el huésped será consumidor, pero en todos aquellos casos en los que se encuentre en el hotel por razones profesionales no lo será, al menos no lo será en el sentido de los códigos de consumo vigentes en los países a los que estamos haciendo referencia. En tales casos, en los que el huésped se encuentra en el establecimiento hotelero por razones puramente profesionales³, no podrán serle de aplicación los preceptos de dichos códigos, lo cual no significa que no existan otros preceptos en el Código civil con los que se consiga la misma finalidad.

² El Concepto de consumidor se encuentra recogido respectivamente en el art. 3 TRLGDCU y en el art. 3 *Codice del Consumo*. No resulta extraño que el concepto sea el mismo si tenemos en cuenta que ambos países, Estados Miembros de la Unión Europea, tienen la obligación de adaptar sus respectivas legislaciones a lo dispuesto por las Directivas Europeas que vayan siendo adoptadas en materia de consumo por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. De este modo, la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los consumidores ha sido la última en transponerse a través de la Ley 3/2014, de 27 de mayo en España y a través del Decreto legislativo de 21 de febrero de 2014, n°21 en Italia.

³ También puede ocurrir que el huésped se encuentre en el hotel por razones profesionales y personales al mismo tiempo, esto ocurrirá, por ejemplo, si el sujeto ha acudido a un determinado hotel porque en la ciudad donde se haya sito tiene una reunión de trabajo, pero, al mismo tiempo, aprovecha para ver a su familia que reside en el mismo lugar y para acudir con amigos a actividades relacionadas con el ocio. En estos casos ¿es dicho sujeto consumidor? Al menos en España no hay una jurisprudencia consolidada al respecto, existiendo pronunciamientos en sentidos contrapuestos. Sobre este particular *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, *El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español: aspectos controvertidos o no resueltos*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 1, 2011, p. 113.



A esto se ha de añadir que la consideración de huésped, por su parte, se debe atribuir no solamente a quien utiliza *de facto* los servicios prestados por el hotel, sino también a quien no es usuario de los servicios pero sí celebró el contrato de hospedaje, aunque, obviamente, solamente el usuario de los servicios tendrá derecho a ejercitar determinadas acciones⁴.

Por último, conviene también aclarar que la condición de huésped no viene determinada por el uso de cualquier servicio que preste el establecimiento, sino por el uso del servicio de alojamiento.

3. - 3.1. Antes de la celebración del contrato de hospedaje, entendiéndolo éste como un contrato celebrado a distancia⁵, ¿tiene el huésped derecho a recibir información precontractual de la forma en la que se detalla en los códigos de consumo?, esto es, ¿resulta de aplicación el art. 97 TRLGDCU y su equivalente en Derecho italiano, el art. 49 *Codice del Consumo*? Si el contrato se ha celebrado a distancia y con un consumidor – lo que constituirá el supuesto más frecuente –, rigen los preceptos citados, en los que se detalla la información precontractual que debe ser proporcionada al consumidor de un contrato celebrado a distancia. En Derecho español, el art. 97 TRLGDCU, por su carácter especial, se antepone al art. 60 TRLGDCU, el cual, por su carácter general, se aplicará subsidiariamente⁶. Establece el art. 60 TRLGDCU en su apartado primero que «antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas»⁷.

Ahora bien, si el contrato no se ha celebrado con un consumidor en el sentido de los códigos de consumo, ¿qué deberes de información corresponden de *lege data* al empresario y cuál es su fundamento jurídico? En aquellos supuestos en los que el hospedaje no se haya celebrado con un consumidor, los deberes de información que corresponden al hostelero

⁴ Algo similar ocurre en el contrato de viaje combinado. El art. 3 de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados, define al “viajero” en su sexto apartado del siguiente modo: «toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva».

⁵ En la mayor parte de los casos se celebra a distancia

⁶ Dentro de la legislación española también se podría hacer mención a otros artículos que, aun ya fuera del TRLGDCU, pueden ser aplicables al contrato de hospedaje: así, por ejemplo, el art. 22 de la ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por la que se traspone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; o asimismo el art. 27 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

⁷ De forma semejante se expresa el art. II.-3:101 DCFR. La finalidad del art. II.-3:101 DCFR, que es prácticamente idéntico al art. 2:102 Principios *Acquis*, es la de facilitar al ofertado todos aquellos datos relevantes sobre el producto o el servicio que luego puedan implicar responsabilidad del proveedor por falta de conformidad porque presentan una calidad inferior al estándar esperado según el tipo de bien o servicio. S. NASARRE AZNAR, *Marketing y deberes precontractuales*, en *Derecho europeo de los contratos. libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coordinado por Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y M^a Paz Sánchez González, vol. 2. Barcelona, 2012, p. 190.



deben ser los mismos que los que se establecen en los arts. 97 TRLGDCU y 49 *Codice del Consumo*, y ello por una razón: en estos casos habría que acudir al régimen general, esto es, a la aplicación del art. 1258 del Código civil español (su equivalente es el art. 1374 *Codice civile*), el cual, puesto en conexión con el art.7 C.c. (su equivalente en Italia es el art. 1337 *Codice civile*), nos va a conducir a conclusiones idénticas que las planteadas por los preceptos del texto refundido. Por tanto, ya sea a través de los arts. 97 TRLGDCU y 49 *Codice del consumo* – cuando el huésped es consumidor– ya sea a través de la aplicación del principio de la buena fe – cuando el huésped no es consumidor – lo que resulta claro es que el hostelero debe poner en conocimiento del huésped toda la información que se requiere para formar su voluntad contractual, y debe hacerlo de forma que dicha información sirva para conseguir el fin pretendido, esto es, de forma clara y comprensible.

3.2. En la fase de celebración, el deber más importante es el deber de documentar el contrato. Al igual que ocurre con el deber de información precontractual, la normativa a la que hace referencia el TRLGDCU solamente será aplicable si el huésped es consumidor en el sentido del art. 3 del mencionado texto legal. De este modo, cuando el hospedaje se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia resulta de aplicación el artículo 98 TRLGDCU, solamente aplicable a los huéspedes que sean consumidores, pero cuyo contenido puede ser extrapolado, igualmente por aplicación del art. 1258 C.c., a aquellos otros huéspedes que no pueden ser calificados como consumidores por actuar dentro de su ámbito profesional o empresarial⁸.

De igual modo ocurre en Derecho italiano: en aquellos casos en los que no pueda ser de aplicación el art. 51 *Codice del Consumo*, encargado de regular los requisitos formales en los contratos a distancia, por no ser el huésped consumidor, podrá llegarse al mismo resultado por aplicación del art. 1374 *Codice civile*.

3.3. En la fase de ejecución del contrato, además de resultar de aplicación los arts. 110 y 111 TRLGDCU, el hostelero tiene la obligación de proporcionar al huésped todos los servicios que conforman el contrato que nos ocupa, siendo el principal el alojamiento. Pero ¿qué ocurre si no los proporciona correctamente? ¿Qué preceptos son aplicables en caso de incumplimiento contractual? En tales supuestos la legislación de consumo no ofrece mecanismos tan detallados como el Código civil o el *Codice civile*. Además, habría que diferenciar entre las distintas obligaciones del hostelero, puesto que la responsabilidad del establecimiento por el incumplimiento del deber de custodiar los efectos del huésped se encuentra tipificada tanto en el Código civil español como en el italiano, mientras que para analizar las consecuencias derivadas del incumplimiento del resto de obligaciones habría que acudir a los clásicos remedios frente al incumplimiento.

Es por ello que se analizarán por separado las obligaciones del establecimiento hotelero.

⁸ Además, cuando el hospedaje se celebra a través de un medio de contratación electrónico, resulta de aplicación el art. 28.1 de la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico



3.3.1. Derecho español: resultan de aplicación los art. 1783 y 1784 C.c. Según el art. 1783 C.c. «Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros, por su parte, observen las preven- ciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos». Por su parte, el art. 1784 señala lo que sigue: «La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor».

De la lectura de tales preceptos se pueden extraer varias ideas:

a) Aunque el término «efectos» al que hace referencia el art. 1783 C.c. debe ser inter- pretado en sentido amplio, en él no deben quedar comprendidos los vehículos de los clientes. Mientras que el hotel tiene la obligación legal de custodiar los objetos del huésped – por imperativo de los arts. 1783 y 1784 C.c. –, dicho deber no se extiende a los vehículos, ya que no se trata de objetos que el cliente necesariamente deba portar consigo. Por tanto, en estos casos lo más sensato y lo correcto es aplicar el régimen de responsabilidad con- tenido en la ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento, puesto que la hipótesis queda comprendida en su ámbito de aplicación y además es una ley de carácter especial.

b) La responsabilidad del hostelero es una responsabilidad objetiva. La responsabi- lidad establecida en los artículos 1783 y 1784 C.c. tiene que ser entendida como objetiva por varias razones: en primer lugar porque el empresario hostelero no cuenta con los me- dios razonables para poder cumplir el exigente canon de diligencia al que debe estar sometido, siéndole imposible controlar unos efectos que quedan en poder del propio vi- ajero y que forman parte de la intimidad del mismo; y en segundo lugar porque la re- sponsabilidad se extiende a los actos cometidos por extraños y a los casos fortuitos. A esto se añade que desde el punto de vista de la eficiencia económica, el hecho de considerar que la responsabilidad del hostelero es una responsabilidad objetiva, derivada simplemente del hecho de ser titular de un establecimiento hotelero, conlleva que aquél probablemente con- trate un seguro de responsabilidad civil, considerándolo un coste de producción más y re- percutiéndolo en el precio final del servicio, de manera que el coste de la prima sea dis- tribuida entre los huéspedes que se alojen en su establecimiento.

c) La responsabilidad del hostelero es una responsabilidad contractual tanto en los casos de custodia directa (es el propio hostelero el que custodia los efectos de los clientes, por ejemplo en la caja fuerte de la recepción del hotel) como en los supuestos de custodia indirecta (el hostelero no custodia directamente los objetos, por ejemplo, esto ocurre cuan- do se depositan en una caja fuerte de la habitación o cuando se dejan en la habitación).



Mientras que lo primero es indiscutible en virtud del contrato de depósito llevado a cabo por las partes, el carácter contractual de la responsabilidad es incuestionable asimismo cuando no existe entrega efectiva de los objetos. Así, en estos casos, bastará la existencia de un contrato de hospedaje para justificar la aplicación de las reglas de responsabilidad contractual contenidas en los arts. 1783 y 1784 C.c.

d) Los artículos 1783 y 1784 C.c. no tienen naturaleza imperativa. De existir una verdadera negociación entre las partes, serían válidos los pactos que exoneran o limitan la responsabilidad del hostelero en caso de pérdida o sustracción de los efectos, máxime si se tiene en cuenta que dicho acuerdo resultaría beneficioso para el propio huésped si fuese acompañado de una rebaja en el precio.

e) Aunque el artículo 1784 C.c. solamente haga referencia al robo a mano armada y a la fuerza mayor como causas exoneratorias de responsabilidad, lo cierto es que el hostelero podrá igualmente exonerarse cuando el daño sufrido en los bienes sea consecuencia de la culpa del propio huésped, se deba a un vicio propio de la cosa o el cliente no haya observado correctamente los presupuestos que el artículo 1783 C.c. exige para que surja el deber de indemnizar.

f) El robo a mano armada se considera en todo caso un supuesto de fuerza mayor, que exime de responsabilidad al establecimiento hotelero⁹. Sin embargo, nos preguntamos si es posible en todos los casos extrapolar los requisitos de la fuerza mayor – imprevisibilidad e inevitabilidad – al robo a mano armada, o si, por el contrario, y como acertada-

⁹ Así se demuestra, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598) y 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696). En la primera de estas sentencias, la STS de 11 de julio de 1989, el Tribunal Supremo aplica la exoneración aun existiendo por parte del hotel – de lujo – el *descuido* de no tener puesta la combinación de la caja fuerte donde se guardaban las joyas del cliente en el momento del robo. Pese a ello, se limita a decir la citada resolución que el hostelero queda exento de responsabilidad tanto por los daños como por la pérdida de la cosa depositada «cuando provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor, respondiendo de esos daños y pérdidas cuando sean producidos por caso fortuito». Por su parte, la STS de 15 de marzo de 1990 define el robo a mano armada como «un fenómeno que exime de responsabilidad a los fondistas o mesoneros»; más adelante continúa diciendo que «no se hace por la ley ninguna salvedad a dicha exención». Sobre este particular también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de marzo de 2007 (JUR 2007/173697) en la que se establece que «en el supuesto de que los efectos introducidos en el hotel (restaurante) hubieran sido sustraídos mediante la comisión de una actividad delictiva, el empresario hotelero (dueño del restaurante) solo quedará exonerado de responsabilidad si el delito cometido fue un robo a mano armada, debiendo sin embargo responder si se trata de un delito de robo en cualquiera otra de sus modalidades que no sea la de mano armada o de un delito de hurto. Tampoco responde el empresario hotelero (dueño del restaurante) si la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en el hotel es un caso de fuerza mayor (un hecho que aun cuando se hubiera previsto habría sido inevitable o un acaecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor y con violencia insuperable tal que considerado objetivamente queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario o normal de la vida). Por el contrario, sí responde el empresario hotelero (dueño del restaurante) si la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en el hotel (restaurante) es un caso fortuito (un hecho que no pudo preverse, pero que, previsto, pudiera haber sido evitado o un acaecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación), según constante doctrina jurisprudencial».



mente señala Jordano Fraga, se aplica la exoneración en estos casos con «ciego automatismo»¹⁰. En este sentido, es cierto que el robo a mano armada suele traer consigo unas connotaciones que, en principio, podrían servir de base para considerarlo un suceso imprevisible e inevitable, a la vez que ajeno a la esfera de control del hostelero; sin embargo, esto no tiene por qué ser siempre así; es por ello por lo que consideramos que «para su virtualidad exoneratoria también el robo a mano armada ha de ser efectivamente fuerza mayor: normalmente lo es (de ahí su tipificación legislativa), pero perderá esa virtualidad exoneratoria si excepcionalmente es imputable a la falta de previsión/medidas de seguridad exigibles al hostelero»¹¹.

- Derecho italiano: Resultan de aplicación los artículos 1783-1786 *Codice civile*. En tales preceptos se establece, igual que en Derecho español, un régimen de responsabilidad limitada en caso de deterioro, destrucción o sustracción de las cosas meramente introducidas por el cliente en el hotel y un régimen de responsabilidad ilimitada en aquellos otros supuestos en los que los efectos son directamente custodiados por el hostelero¹².

Además, se establece la nulidad de todos los pactos tendentes a excluir o limitar preventivamente la responsabilidad del establecimiento¹³. No obstante, tanto en los casos de custodia indirecta como en los supuestos de custodia directa, la responsabilidad del hostelero cesa tanto si el deterioro, destrucción o sustracción obedece a un supuesto de fuerza mayor como si es consecuencia de la propia naturaleza de la cosa. También quedará exento

¹⁰ F. JORDANO FRAGA, *Comentario a la sentencia de 27 de enero de 1994*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, n° 34, 1994, p. 368.

¹¹ *Ibidem*.

¹² A ello hacen referencia los artículos 1783 y 1784 del *Codice Civile*. El primero de estos preceptos establece lo siguiente: «Gli albergatori sono responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo. Sono considerate cose portate in albergo: 1) le cose che si trovano durante il tempo nel quale il cliente dispone dell'alloggio; 2) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia, fuori dell'albergo, durante il periodo di tempo in cui il cliente dispone dell'alloggio; 3) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia sia nell'albergo, sia fuori dell'albergo, durante un periodo di tempo ragionevole, precedente o successivo a quello in cui il cliente dispone dell'alloggio. La responsabilità di cui al presente articolo è limitata al valore di quanto sia deteriorato, distrutto o sottratto, sino all'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio per giornata». Por su parte, el art. 1784 dispone que «la responsabilità dell'albergatore è illimitata: 1) quando le cose gli sono state consegnate in custodia; 2) quando ha rifiutato di ricevere in custodia cose che aveva l'obbligo di accettare. L'albergatore ha l'obbligo di accettare le carte-valori, il danaro contante e gli oggetti di valore; egli può rifiutarsi di riceverli soltanto se si tratti di oggetti pericolosi o che, tenuto conto dell'importanza e delle condizioni di gestione dell'albergo, abbiano valore eccessivo o natura ingombrante. L'albergatore può esigere che la cosa consegnatagli sia contenuta in un involucro chiuso o sigillato». No obstante, dichos preceptos hay que ponerlos asimismo en relación con el art. 1785-*bis*, según el cual en todos aquellos casos en los que, pese a no haber entregado el cliente el objeto para su efectiva custodia, el deterioro, la destrucción o la sustracción de los efectos son debidos a la culpa del propio hostelero o de sus auxiliares, la responsabilidad es igualmente ilimitada, como si de un supuesto de custodia directa se tratara. Reza este precepto lo siguiente: «L'albergatore è responsabile, senza che egli possa invocare il limite previsto dall'ultimo comma dell'art. 1783, quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo sono dovuti a colpa sua, dei membri della sua famiglia e dei suoi ausiliari».

¹³ La nulidad de dichos pactos aparece reflejada en el art. 1785-*quater*, en el que se dice que «sono nulli i patti o le dichiarazioni tendenti ad escludere o a limitare preventivamente la responsabilità dell'albergatore».



de responsabilidad el hostelero si la pérdida tiene lugar como resultado del comportamiento del propio cliente o personas que le acompañan¹⁴.

Al margen de ello, el *Codice Civile* dedica el artículo 1785-ter a considerar un supuesto no contemplado en nuestro Derecho, cual es la exigencia impuesta al huésped de comunicar al hostelero, sin retraso injustificado, el hecho del deterioro, destrucción o sustracción de cualquiera de sus efectos¹⁵. De este modo, en aquellos casos en los que el huésped no comunique, sin demora, la pérdida de los efectos al establecimiento, se entenderá que no podrá hacer valer su pretensión.

Por otra parte, a diferencia del Ordenamiento español, el Derecho italiano contiene un precepto concreto en el que se establece la no aplicación de las disposiciones relativas a regular la responsabilidad del hostelero a los vehículos de los huéspedes, a las cosas depositadas en ellos y tampoco a los animales vivos¹⁶.

Por último, el art. 1786 extiende la aplicación de tales preceptos también a otros establecimientos que pueden guardar cierta relación con el hotel, y en los que los clientes se ven asimismo en la necesidad de introducir sus efectos. Estos son, entre otros, las residencias de ancianos, las pensiones o los balnearios¹⁷.

3.3.2. Si lo que incumple el hostelero es una obligación distinta a la que se analiza en el apartado anterior, no existen preceptos específicos que regulen las consecuencias de dicho incumplimiento, por lo que en estos casos debe acudir al Código civil o al *Codice civile*, en concreto a los artículos que hacen referencia a los remedios frente al incumplimiento¹⁸.

¿Y cuáles son estos medios de tutela que se activan a favor del huésped en caso de que el establecimiento *incumpla*? Como comprobaremos a continuación, el Derecho positivo ofrece suficientes instrumentos de los que puede servirse el cliente que ve frustradas sus legítimas expectativas; no obstante, el tratamiento de dichos remedios será un tanto particular en el contrato de hospedaje, en el que resulta poco probable que se acuda a los Tribunales para solucionar el conflicto. De este modo, en la mayor parte de los casos, las pretensiones no se ejercitarán judicialmente, constituyendo una vía mucho más útil ejercitar los remedios de forma extrajudicial.

Conviene asimismo dejar patente que, debido a la imperante necesidad de revisar la regulación que contiene el Código Civil español del incumplimiento contractual y de los

¹⁴ Establece el art. 1785 lo que sigue: «L'albergatore non è responsabile quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione sono dovuti: 1) al cliente, alle persone che l'accompagnano, che sono al suo servizio o che gli rendono visita; 2) a forza maggiore; 3) alla natura della cosa».

¹⁵ La obligación de denunciar el daño se encuentra recogida en el art. 1785-ter en los siguientes términos: «Fuori del caso previsto dall'art. 1785-bis, il cliente non potrà valersi delle precedenti disposizioni se, dopo aver constatato il deterioramento, la distruzione o la sottrazione, denunci il fatto all'albergatore con ritardo ingiustificato».

¹⁶ En este sentido se pronuncia el art. 1785-quinquies, según el cual «le disposizioni della presente sezione non si applicano ai veicoli, alle cose lasciate negli stessi, né agli animali vivi».

¹⁷ Establece el art. 1786 lo siguiente: «Le norme di questa sezione si applicano anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili».

¹⁸ Sobre la noción actual de incumplimiento *Vid.* A.M. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, 2010.



remedios frente al mismo¹⁹, nos apoyaremos a la hora de desarrollar y exponer los distintos remedios no solamente en el Derecho vigente, sino también en aquellos textos que vienen sirviendo a los Tribunales europeos para modernizar lo establecido por los Códigos de los Estados Miembros. Estos textos serán básicamente tres: los *Principles European Contract Law* (en adelante, PECL)²⁰, el Draft Common Frame of Reference (en adelante, DCFR)²¹ y la Propuesta de Modernización del Código civil (en adelante, PMCC)²².

Centrándonos en los remedios de los que dispone el huésped, debe señalarse que ante un mismo incumplimiento puede ocurrir que el huésped pueda elegir indistintamente entre varios de ellos, siempre que el incumplimiento reúna los requisitos necesarios para ejercitar varios remedios. Asimismo, algunos de estos remedios que a continuación se expondrán son incompatibles entre sí, como ocurre con la pretensión de cumplimiento y la resolución contractual; sin embargo, la indemnización por daños y perjuicios es compatible con ambos.

a) El primero de los remedios al que nos referimos es a la pretensión resolutoria (art. 1124 Código civil español y art. 1453 *Codice civile*). entendida esta como una facultad de la que dispone el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro, siempre que dicho incumplimiento sea grave²³. A ello se añade que para ejercitar la acción resolutoria es irrele-

¹⁹ El tratamiento del incumplimiento contractual en los códigos europeos del siglo XIX es calificado por la PMCC de «especialmente insuficiente».

²⁰ Los remedios aplicables en caso de incumplimiento se hallan regulados en el Capítulo noveno de los PECL. Estos son: el derecho al cumplimiento, la suspensión del propio cumplimiento por el acreedor insatisfecho, la resolución, la reducción del precio y la indemnización de daños. Los remedios son acumulables si no son incompatibles entre sí, y el acreedor dispone de una suerte de *ius variandi* «que le permite intentar de forma sucesiva otro remedio tras haber probado fortuna con el primero (art. 8:102), pero siempre dentro de los límites de la buena fe en el ejercicio de los derechos». A. VAQUER ALOY, *Incumplimiento del contrato y remedios*, en *Derecho Privado Europeo*, coordinado por Sergio Cámara Lapuente, Madrid, 2003, p. 539.

²¹ En el DCFR los remedios ante el incumplimiento se regulan en el Capítulo 3 del Libro III. Dichos remedios no aparecen enumerados en ningún precepto concreto, sino que, tras una sección de disposiciones generales, se regula cada uno de ellos en secciones separadas, dedicadas sucesivamente a la subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme, el cumplimiento forzoso, la suspensión del cumplimiento, la resolución, la reducción del precio y la indemnización e intereses. El art. III.-3:102 DCFR dispone que los remedios que no son incompatibles son acumulables; asimismo, el acreedor puede elegir el remedio que prefiera entre aquellos de que disponga en el caso concreto, puesto que así se desprende de lo establecido por el artículo III.-3:101 (1) y (2) DCFR. E. GÓMEZ CALLE, *Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del Marco Común de Referencia*, en *Anuario de Derecho Civil*, n° 1, 2012, pp. 29-102, p. 44.

²² Entre nosotros, en la PMCC los remedios aparecen señalados en el artículo 1190, según el cual: «en caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos». Cada uno de estos remedios se regula después por separado en las secciones segunda a quinta del Capítulo VII del Libro IV PMCC. A dichos remedios debemos añadir la suspensión de cumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas, previsto en el artículo 1191 PMCC.

²³ Conforme al artículo 9:301 PECL, el contratante insatisfecho solamente tiene derecho a resolver el contrato si el incumplimiento de la otra parte es esencial. Según el DCFR, el incumplimiento es esencial en los siguientes casos: a) cuando priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, aplicado a la totalidad o a una parte importante del cumplimiento, a menos que, en el momento de la conclusión del contrato, el deudor no hubiera previsto ni podido prever razonablemente dicho resultado; b) cuando es intencional o temerario y da razones al acreedor para creer que no se producirá el cumplimiento fu-



vante que el incumplimiento sea imputable al deudor (hostelero). Este remedio permite a la parte que sufre el incumplimiento desligarse de los compromisos contractuales asumidos, resolviendo o eliminando la eficacia del contrato²⁴. La razón por la que se le exige al incumplimiento resolutorio cumplir unos específicos requisitos es obvia: la facultad de desvincularse del contrato por incumplimiento choca con el principio de la conservación del negocio jurídico, de manera que solamente si uno de los contratantes se encuentra ante un incumplimiento cualificado podrá ejercitar esta acción.

En el hospedaje, en caso de que el cliente pretenda resolver el contrato por ejemplo, por no hacersele entrega de la habitación contratada, lo hará, por razones prácticas, a través de una declaración unilateral dirigida al establecimiento, esto es, acudiendo al ejercicio extrajudicial de la resolución del contrato; en este sentido, pese a que tradicionalmente se ha considerado que el artículo 1124 C.c. se encuadra dentro del modelo de ejercicio judicial del remedio resolutorio, «ha existido desde muy temprano una tendencia a la *privatización* de la resolución, con la finalidad de facilitar el tráfico económico»²⁵ y cuya ventaja principal no es otra que eliminar la incertidumbre que planeaba sobre el contrato en la hipótesis de la resolución judicial durante todo el tiempo que dura el proceso.

b) En segundo término, otro remedio de los que dispone el huésped en caso de incumplimiento por parte del establecimiento hotelero es la pretensión de cumplimiento (art. 1124 del Código civil y art. 1453 *Codice civile*). Este remedio será de utilidad, por ejemplo, ante faltas de conformidad producidas o detectadas por el huésped cuando ya ha tomado posesión de la habitación, tales como una limpieza deficiente, ruidos o molestias provocadas por otros huéspedes o funcionamiento intermitente de la red wifi²⁶.

turo del deudor. Todo ello se recoge en el art. II.-3:503 (2). Del mismo modo, según el art. 7.3.1 (2) Principios UNIDROIT, para determinar cuándo un incumplimiento es esencial, debemos atender a los siguientes factores: a) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever ese resultado; b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; c) el incumplimiento fue intencional o temerario; d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra parte cumplirá en el futuro; e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

²⁴ La finalidad de la resolución es ofrecer protección al contratante lesionado por el incumplimiento. Atrás queda la idea de considerar la acción resolutoria como una sanción que se le impone al contratante incumplidor, para convertirse en una medida de protección frente a aquél. «La específica sanción del incumplidor es el deber de resarcimiento, pero no *per se* la resolución». L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, en *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1969, p. 399.

²⁵ Así, junto con la resolución judicial, tiene cabida en el art. 1124 C.c. la resolución extrajudicial, esto es, la que se hace valer por el acreedor insatisfecho, mediante una declaración unilateral. M.L. PALAZÓN GARRIDO, *El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado Europeo*, en *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*, dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Barcelona, 2011, p. 437.

²⁶ Bien es cierto que tales deficiencias pueden conllevar la resolución del contrato pero, en la práctica, debido a las consecuencias que trae consigo la resolución contractual, el huésped suele ejercitar en estos casos la pretensión de cumplimiento.



De este modo, ante una insatisfacción del derecho de crédito por inejecución total, parcial o defectuosa de la prestación adeudada, el acreedor (huésped) dispone de una pretensión que puede hacer valer judicial o extrajudicialmente y que está dirigida a obtener exactamente la prestación debida. Analizando la pretensión de cumplimiento desde la perspectiva que nos interesa, podemos decir que se trata de un remedio del que el huésped dispone si lo que desea es la realización de la prestación o conducta incumplida. Asimismo, dicho remedio podrá ser ejercitado ante cualquier tipo de incumplimiento que sufra el cliente, y con su ejercicio, que será extrajudicial – puesto que el ejercicio de la acción de cumplimiento ante los Tribunales carece de virtualidad práctica en el hospedaje por ser éste un contrato sometido a término esencial –, se permite la conservación del negocio jurídico. Además, nada impide que el huésped que pretende el cumplimiento compagine dicha pretensión con la indemnización de daños en los casos en los que se den sus presupuestos legales.

c) En tercer lugar, un remedio práctico para el huésped en caso de que el establecimiento incumpla con sus obligaciones es la rebaja en el precio. Por ejemplo, este remedio resulta útil en caso de que se haga entrega de una habitación con características distintas a lo pactado, lo que sucede en aquellos casos en los que, por ejemplo, la habitación cuenta con una cama doble en vez de dos individuales, ducha en lugar de baño o está privada de las vistas que se ofertaron. En estos casos resulta lógico que el cliente acepte las nuevas condiciones solicitando una rebaja en el precio inicial (siempre que las nuevas condiciones sean peores para el cliente que las inicialmente pactadas).

Entre la doctrina española más autorizada, existen voces que no son partidarias de extender este remedio al arrendamiento de servicios²⁷, sin embargo, la PMCC consagra en los arts. 1197 y 1198 la reducción del precio como un remedio de carácter general, superando el enfoque parcial del vigente Código Civil que, al igual que el *Codice civile* en el artículo 1492 «se limita a reconocer la acción *quantum minoris* en el ámbito del contrato de compraventa, a favor del comprador de una cosa con vicios o defectos ocultos (art. 1486.I CC)»²⁸.

Por tanto, la reducción del precio es un medio de tutela que se activa a favor del cliente que prefiere no resolver – o no puede hacerlo porque no se dan los presupuestos del incumplimiento resolutorio – y que consiste en aceptar una prestación no conforme al contrato a cambio de una reducción proporcional del precio. De este modo se permite al huésped obtener una compensación por el menor valor de la prestación a causa de la falta de conformidad, logrando así la satisfacción de su interés. El cliente conserva la prestación no conforme al contrato y, como consecuencia de ello, el precio se adapta a la nueva situación, reduciéndose debido a la falta de conformidad²⁹.

²⁷ F. PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil*, n° 4, 1993, pp. 1719-1745, p. 1736.

²⁸ E. GÓMEZ CALLE, *Los remedios ante el incumplimiento del contrato*, *op. cit.* p. 60. En términos muy similares a los arts. 1197 y 1198 PMCC se pronuncia el art. III.-3:601 DCFR y el art. 9:401 PECL.

²⁹ A. VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las obligaciones y contratos español*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 16, 2011, p. 260.



A esto se añade que este remedio, además de poder ser ejercitado extrajudicialmente – como ocurrirá en el hospedaje –, prescinde por completo de la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, de modo que, aun cuando el establecimiento se encuentre exonerado de responsabilidad por un impedimento ajeno a su esfera de control a la vez que imprevisible, el cliente también podrá reducir el precio³⁰.

Además, este remedio es, al igual que la resolución, compatible con la indemnización de daños; no obstante, dicha compatibilidad es posible siempre que lo que se indemnice sean daños distintos al menor valor de la prestación por falta de conformidad; de lo contrario, el cliente se enriquecería injustamente³¹.

d) El último de los remedios al que tendría opción el huésped, y que resulta compatible con los tres restantes, es la indemnización por daños y perjuicios (art. 1101 Código civil y art. 1223 *Codice civile*). Ahora bien, solamente se podrá recurrir al remedio indemnizatorio si el huésped sufre daños concretos que son consecuencia de un incumplimiento imputable al hostelero con independencia de que estemos frente a un cumplimiento parcial, tardío, defectuoso o ante un incumplimiento definitivo³².

Dicho esto, también puede ocurrir que en la fase de ejecución del contrato el huésped sufra daños en su salud o en su integridad física (por ejemplo, si se resbala en la habitación del hotel y se parte una pierna o si sufre una intoxicación en el restaurante del hotel), en estos casos ¿es posible aplicar algún precepto de la legislación de consumo? Los Tribunales españoles aplican con preferencia en tales supuestos los preceptos relativos a la responsabilidad contractual (art. 1101 C.c.) y a la responsabilidad extracontractual (art. 1902 C.c.), pero sería interesante cuestionarse la posible aplicación del art. 147 TRLGDCU según el cual «Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias

³⁰ En sede de viajes combinados, sin embargo, el art. 12 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE establece que el viajero no tendrá derecho a una reducción del precio si el organizador demuestra que la falta de conformidad es debida a circunstancias extraordinarias e inevitables.

³¹ A tal fin, el art. 1198 PMCC establece lo siguiente: «la parte que ejercite el derecho a la reducción del precio, no puede demandar daños y perjuicios por disminución del valor de la prestación, pero conserva su derecho a ser indemnizado de cualquier otro perjuicio que haya podido sufrir». Sigue el mismo criterio el art. 9:401 (3) PECL, según el cual «la parte que reduce el precio no puede obtener al mismo tiempo una indemnización de daños y perjuicios por la disminución del valor de la prestación, pero sigue teniendo derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de cualesquiera otras pérdidas que haya sufrido y que deban repararse conforme a la sección 5 de este capítulo».

³² No obstante, aunque los artículos 1101 y ss. representan el fundamento normativo de la pretensión de resarcimiento en el Código Civil, también la PMCC, los PECL y el DCFR contemplan detalladamente dicho remedio en su articulado. De este modo, la PMCC dedica un total de seis artículos al remedio indemnizatorio (arts. 1205 y ss.) bajo la rúbrica «de la indemnización de daños y perjuicios»; por su parte, los PECL también contemplan la indemnización de daños como uno de los remedios reconocidos al acreedor en caso de incumplimiento del deudor en los artículos 9:501 y ss.; por último, el DCFR dedica once artículos al análisis de la pretensión indemnizatoria en el Capítulo 9 del Libro III (arts. III.-3:701-III.-3:7011).



y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio». Dicho precepto ha sido utilizado en escasas ocasiones para fundamentar la responsabilidad por culpa en los supuestos de prestación de servicios; no obstante, este artículo reúne las características suficientes para ser aplicado en estos casos. Así, se limita a establecer criterios de responsabilidad para supuestos específicos, dejando a un lado la clásica distinción entre supuestos de responsabilidad contractual y casos de responsabilidad extracontractual. Además, no deja lugar a la interpretación, al contemplar de manera específica, cosa que no hace el art. 1902 C.c., un sistema de responsabilidad que ha sido calificado por la jurisprudencia como de cuasi objetivo, con inversión de la carga de la prueba.

4. Como se ha visto, siempre que el huésped sea consumidor, le son aplicables varios preceptos de la legislación de consumo y, cuando no lo sea, el contenido de tales artículos se le aplica en virtud del principio de buena fe. Ahora bien, no ocurre lo mismo con el derecho de desistimiento, que constituye uno de los principales mecanismos de protección de los consumidores y que consiste en la posibilidad que tiene una de las partes contractuales de desvincularse del contrato sin alegar justa causa³³.

Como se verá a continuación, el huésped que celebra un contrato de hospedaje con un establecimiento hotelero carece de la posibilidad de desistir, al menos conforme a los preceptos que regulan dicha facultad en sede de contratación a distancia.

El derecho de desistimiento en sede de contratación a distancia se encuentra recogido en los artículos 102 y ss. TRLGDCU y en los arts. 52 y ss. *Codice del Consumo*. Tales preceptos atribuyen al consumidor que contrata a distancia la posibilidad de desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales contados a partir del día de la celebración del contrato sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste. Ahora bien, tanto el art. 103 l) TRLGDCU como el art. 59 n) *Codice del Consumo* excluyen la posibilidad de desistir cuando se trate de suministro de servicios de alojamiento para fines distintos de los de servir de vivienda siempre que el contrato prevea una fecha o un periodo de ejecución específicos.

³³ Según D'Avanzo, por el *recesso* unilateral *ad nutum* una parte, sujeto de una relación jurídica y por ello sometido a determinadas obligaciones, declara que quiere retirarse de la obligación y liberarse de las mencionadas obligaciones con eficacia vinculante para el otro sujeto de la relación. W. D'AVANZO, *Recesso. Diritto civile*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1981, p. 1027. Por su parte, para RAVERA, el *recesso* es un acto de voluntad unilateral que extingue los efectos del contrato. E. RAVERA, *Il recesso*, Milano, 2004, p. 8. Profundiza asimismo sobre el tema F. CARRESI, *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXI, t. 2, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo. Milano, 1987, p. 844. Entre la doctrina española, Beluche Rincón conceptúa el desistimiento unilateral como una facultad que, «atribuida convencionalmente en el negocio constitutivo de una obligación o *ex lege*, permite, a una o ambas partes de la relación obligatoria, concluirla discrecionalmente, esto es, sin necesidad de explicación o causa alguna. La facultad de desistir posibilita al contratante que la ejercita poner fin a la relación liberándose de las obligaciones». I. BELUCHE RINCÓN, *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, 2009, p. 23.



Esta exclusión es cumplimiento de lo previsto en el art. 16 de la Directiva 2011/83, según la cual los Estados miembros no incluirán el derecho de desistimiento contemplado en los artículos 9 a 15 en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento que se refieran al «suministro de *servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda*, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, *si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos*».

El Marco Común de Referencia sigue esta misma línea. Así, el art. II.-5:201 (3) DCRF, según el cual el párrafo primero – que hace referencia al derecho de desistimiento – no se aplica si el contrato es de alojamiento, transporte, de comidas o de esparcimiento, siempre que la empresa se comprometa, al celebrarse el contrato, a suministrar estos servicios en una fecha determinada o en un periodo concreto.

Así las cosas, parece que el legislador lo tiene claro: aquel consumidor que contrate a distancia un servicio de alojamiento no podrá acudir a los preceptos que regulan el derecho de desistimiento en sede de contratación distancia, siempre que el empresario se haya comprometido al celebrar el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto.

Ahora bien, esta afirmación no puede llevarnos a equívocos: el art. 103 l) TRLGDCU y el art. 59 n) *Codice del Consumo* no excluyen la posibilidad de desistir en el contrato de hospedaje, sino que lo que hacen, y no solamente en beneficio del establecimiento hotelero, sino como veremos a continuación también en beneficio del consumidor, es excluir la aplicación del régimen contenido en sede de contratación a distancia (arts. 102 y ss. TRLGDCU y arts. 52 y ss. *Codice del Consumo*). Por tanto, no es el desistimiento en sí, sino las características que éste presenta en los preceptos mencionados lo que lleva al legislador a ser partidario de la exclusión.

Dicho esto, es el momento oportuno para sentar las bases sobre la *ratio* de la referida exclusión: ¿Qué razones son las que fundamentan que el art. 103 l) TRLGDCU y el art. 59 n) *Codice del Consumo* no reconozcan al consumidor de un contrato de alojamiento atenerse a los preceptos que regulan el derecho de desistimiento en los contratos a distancia? En este sentido nos preguntamos lo siguiente: ¿es realmente la protección que merece el establecimiento hotelero lo que lleva al legislador a descartar la aplicación de los mencionados artículos, o existen otros motivos que resultan claves a la hora de fundamentar la exclusión?

Pues bien, en un principio, parece que la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar que la razón de ser de la exclusión se encuentra en estar en presencia de contratos sometidos a término esencial, es decir, contratos que comienzan un día concreto a petición del acreedor; contratos, en definitiva, cuyo no cumplimiento por motivos discrecionales del consumidor, imposibilitaría o dificultaría en exceso la posibilidad del empresario de cubrir las noches ya contratadas con el cliente que ahora desiste³⁴. Según dicho sector doctrinal, con la única finalidad de proteger al empresario, se decide excluir de manera expresa la posibilidad de desistir de un contrato de alojamiento contratado a través de una técnica de comunicación a distancia conforme a los arts. 102 y ss. TRLGDCU y arts. 52 y ss. *Codice del Consumo*. Así, «se pretende compatibilizar la necesaria protección de los intereses y derechos de los consumidores cuando utilicen medios de comunicación a distancia, con la de

³⁴ Realmente, dicho perjuicio solamente tiene lugar en aquellos casos en los que el hotel está completo.



los intereses de los prestadores de algunos servicios, a fin de que éstos no sufran los desproporcionados inconvenientes derivados de la anulación sin gastos no justificada de servicios que hayan dado lugar a una reserva» Por este motivo, la exclusión del derecho de desistimiento en este caso se impone como razonable³⁵.

Sin embargo, no creemos que esta sea la razón que fundamenta la exclusión. La exclusión de la aplicación de los artículos 102 a 108 TRLGDCU y los arts. 52 y ss. *Codice del Consumo* al contrato de hospedaje debe tener una lectura positiva para el cliente, máxime si consideramos que se trata de normas protectoras de los consumidores: así, si el contrato de hospedaje no estuviera excluido del derecho de desistimiento, tal y como viene éste configurado en los artículos citados, el período de catorce días naturales empezaría a computarse desde el momento de la celebración, lo cual resultaría un verdadero inconveniente para todos aquellos clientes que contratan el alojamiento con bastante tiempo de antelación, quienes verían obstaculizada su posibilidad de desistimiento dos semanas después de celebrado el contrato. Así las cosas, la exclusión tiene lógica también para el huésped: el cliente que contrata un servicio de alojamiento con un tiempo de antelación considerable no dispondrá del estricto plazo de catorce días naturales para desistir del contrato con el que cuentan los consumidores de un servicio no afectado por la exclusión.

Además, de no existir la exclusión, el derecho de desistimiento del consumidor tendría que ser siempre y en todo momento gratuito, sin permitir al establecimiento la imposición de ningún tipo de penalización en caso de ejercicio del derecho – ni tan siquiera si se ejercita horas antes de que comience a ejecutarse el contrato –. Sin embargo, el ejercicio gratuito del derecho de desistimiento – en los casos en los que el momento de ejecución del contrato es inminente – conllevaría grandes perjuicios para el empresario hostelero, para quien podría resultar prácticamente imposible volver a negociar las noches ya contratadas con el cliente que ahora desiste³⁶.

Por último, a todo lo dicho hasta ahora se añade que la no exclusión daría lugar a una situación cuanto menos desconcertante, puesto que nos encontraríamos frente a un panorama en el que aquellos que contratan el hospedaje en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional podrían acogerse a dichos preceptos, mientras que aquellos huéspedes que no tienen la condición de consumidor no podrían hacerlo.

Concluyendo, la aplicación de los artículos 102 y ss. TRLGDCU y arts. 52 y ss. *Codice del Consumo* al hospedaje resulta perjudicial para ambas partes contractuales, por lo que el legislador ha decidido, creemos que con buen criterio, excluir su aplicación.

³⁵ A. SÁNCHEZ GÓMEZ, *Comentario al artículo 93 TRLGDCU*, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Pamplona, 2009, pp. 1210-1211. Entre los autores italianos, los argumentos utilizados como fundamento de la exclusión son prácticamente idénticos. Acordar un derecho de desistimiento en estos casos podría impedir ofrecer el mismo servicio para la misma fecha a otros consumidores. En este sentido, Ruvolo sostiene que la *ratio* de la exclusión se encuentra en no perjudicar de forma desproporcionada a los sujetos que efectúan servicios con reserva y que como consecuencia tienen ya predispuestos los medios y materiales para la ejecución del servicio. Dicho fundamento justificaría que los consumidores de dichos servicios cuenten con menores garantías que otros consumidores que igualmente contratan a distancia. M. RUVOLO, *I contratti a distanza*, en *I contratti dei consumatori*, dirigidos por Francesco Caringella y Giuseppe de Marzo, Torino, 2007, p. 308.

³⁶ Aunque con este argumento se protege al empresario, creemos que el fundamento de la exclusión radica principalmente en proteger a la parte débil de la relación jurídica.



4.1. Llegados a este punto, y quedando claro tanto lo que se excluye como el fundamento de dicha exclusión, nos preguntamos si existen vías distintas a las que el huésped pueda acudir en caso de que quiera desvincularse del contrato celebrado con el hostelero.

Sin embargo, antes de hacer referencia a las distintas alternativas, al ser el desistimiento un derecho de carácter excepcional³⁷, hay que buscar un fundamento que permita aplicarlo al contrato de hospedaje. En este sentido, el fundamento pensamos que es el mismo que la doctrina atribuye para defender la existencia de la figura del desistimiento en el contrato de obra – 1594 C.c. – y en el contrato de viaje combinado – art. 160 TRLGDCU –³⁸: igual que la obra se lleva a cabo en interés del comitente, el hospedaje se lleva a cabo en interés del usuario, y por eso, debería éste poder decidir sobre su realización, debiendo el hostelero soportarlo.

Dicho esto, pasamos sin más al análisis de las alternativas disponibles para el huésped en caso de que quiera poner fin al contrato discrecionalmente:

a) Desistimiento convencional: Esta opción resulta evidente. De hecho, en la práctica con frecuencia podrá el huésped acogerse a ella. Así, resulta habitual que el establecimiento hotelero, pese a la exclusión, configure su propio derecho de desistimiento³⁹. En es-

³⁷ Se ha mantenido por la doctrina, prácticamente de forma unánime, que la facultad de desistir del contrato vulnera uno de los principios fundamentales del Ordenamiento Jurídico: el principio *pacta sunt servanda*, o lo que es lo mismo, *lo pactado obliga*, que encuentra acogida en el art. 1256 de nuestro Código Civil. Según este precepto, el contrato tiene eficacia vinculante para quienes lo celebran, no pudiendo dejarse al arbitrio de uno de los contratantes ni la validez ni el cumplimiento del mismo. Esto nos lleva a considerar el desistimiento como una figura de carácter excepcional, para cuyo ejercicio es imprescindible que la ley lo contemple – desistimiento legal –, o bien que las partes lo prevean en el contrato – desistimiento convencional o también llamado desistimiento contractual. En sentido similar se pronuncia el art. 1372 del *Codice Civile*, a cuyo tenor *il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*. Si el contrato es el vínculo para cada una de las partes contractuales, esto significa que ninguna de ellas, por regla general, puede extinguir el contrato y liberarse del vínculo por propia decisión unilateral. Por tanto, nadie puede incidir sobre la situación jurídica de la otra parte con la propia voluntad unilateral y sin el concurso de la voluntad del sujeto afectado. E. ROPPO, *Contratto*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, t. IV, Torino, 1989, p. 129.

³⁸ I. BELUCHE RINCÓN, *La deficiente protección del consumidor de viajes combinados*, en *La Ley*, n° 7213, 8 de julio 2009, p. 11.

³⁹ A diferencia de lo que ocurre en el Código Civil español, el *Codice Civile* italiano dedica un precepto a este tipo de desistimiento, en el que se contempla la posibilidad de que sea el propio contrato el que confiera a una o ambas partes la facultad de desistir unilateralmente. A tenor del art. 1373 del *Codice Civile*: «Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. E' salvo in ogni caso il patto contrario». Para Galgano, el mismo contrato puede otorgar a los contratantes o a uno de ellos la facultad de extinguirlo mediante el *recesso* unilateral, derogando por ello el principio por el cual el contrato no puede cesar si no es por mutuo consenso, establecido en el art. 1372.1 *Codice Civile*. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Degli effetti del contratto. Della rappresentanza del contratto per persona da nominare*, dirigido por Francesco Galgano y Giovanna Visitini. Bologna, 1993, p. 58. Ahora bien, esa derogación del principio de la vinculatoriedad de los contratos que implica el ejercicio del *recesso* convencional, explica asimismo su carácter excepcional. L. VÁZQUEZ-



te sentido, la mayor parte de los hoteles disponen de unas políticas de cancelación que contemplan el desistimiento previo a la fecha en la que se inicia la ejecución del contrato⁴⁰. Esta facultad de desistir que se le atribuye al cliente nace, no de la ley, sino de la autonomía de la voluntad del empresario y, como es lógico, participará de unas características distintas a las establecidas en los arts. 102 a 108 TRLGDCU y de los arts. 52 y ss. *Codice del Consumo*. De este modo, es común que el empresario establezca un derecho de desistimiento cuyo ejercicio pueda llevarse a cabo en espacios temporales distintos a los marcados por las legislaciones de consumo (14 días naturales desde el momento de la celebración del contrato). Por tanto, en todos aquellos supuestos en los que el hotel prevea un desistimiento convencional, el cliente podrá desistir; ahora bien, deberá ejercitar la facultad respetando las pautas establecidas por el establecimiento hotelero que, por sentido común, insistimos, diferirán de lo dispuesto por los preceptos anteriormente señalados – arts. 102 y ss. TR y arts. 52 y ss *Codice del Consumo* –.

b) Los usos: Como acabamos de establecer en el párrafo anterior, es una práctica habitual que el establecimiento hotelero permita al cliente desistir del contrato en cualquier momento anterior a su comienzo sin imponerle indemnización⁴¹, salvo que otra cosa distinta se disponga en la información precontractual⁴². Tan frecuente ha sido dicha práctica a lo largo del tiempo que puede ser considerada como un uso. De esta forma, a falta de pacto entre las partes sobre el ejercicio del derecho de desistimiento, el contrato se integra con el uso, que reconoce al huésped la posibilidad de desistir. Esto es así debido a que en el sector turístico se ha generalizado la concesión al huésped de un derecho de desistimiento.

PASTOR JIMÉNEZ, *Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana*, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 22, 2009, p. 272. En esta línea se encuentra Franzoni, quien afirma que este derecho tiene naturaleza de remedio excepcional y no es susceptible de una interpretación extensiva; dicha naturaleza tiene como consecuencia que la cláusula que lo comporta debe tener un contenido inequívoco. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, en *Codice Civile. Commentario*, dirigido por Piero Schlesinger. Milano, 1998, p. 319 y 320. Apoyando este criterio, la Corte de Casación ha establecido que la cláusula con la cual se atribuye la facultad de *recesso ex art. 1373 Codice Civile*, puesto que deroga el principio general por el cual el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, debe ser siempre redactada en términos claros, tales que no dejen ninguna duda sobre la voluntad de los contratantes de introducirla en el negocio por ellos suscrito.

⁴⁰ Cada vez con más frecuencia los hoteles contemplan la posibilidad de desistir incluso una vez comenzado el alojamiento sin que ello afecte a las noches ya disfrutadas.

⁴¹ En el supuesto de que el derecho de desistimiento pretenda ser ejercitado por el huésped una vez comenzado el contrato, se plantea la cuestión de si el cliente debe o no abonar la cantidad referida a todas las noches no disfrutadas como consecuencia del ejercicio de su derecho. En este sentido, la SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003/199878) condena al establecimiento a devolver aquella suma que pudiera corresponderle, pues admite que pudo causar algún tipo de molestia o incomodidad en las previsiones negociales del posadero; de este modo, incluso en tales casos, en los que el derecho se ejercita habiendo comenzado el contrato, se opta por devolver al cliente parte del precio abonado.

⁴² En la práctica también existen hoteles que permiten el desistimiento absolutamente gratuito solamente si es ejercitado antes de que comiencen las 48 o 24 horas inmediatamente anteriores al momento exacto en el que comenzaría a ejecutarse el contrato. Si el desistimiento se produce durante ese periodo de tiempo, se suele exigir al huésped el pago de un importe en concepto de indemnización.



c) ¿Existe la posibilidad de aplicar el art. 160 TRLGDCU⁴³ por analogía? Este precepto regula el derecho de desistimiento en el contrato de viaje combinado, y aunque ha sido redactado para dar solución a los problemas que se derivan de dicho contrato, la estructura que en él presenta el derecho de desistimiento nos lleva a pensar si su aplicación es igualmente viable para el contrato de hospedaje. Llegar a una conclusión afirmativa con respecto a lo que se plantea sería tanto como afirmar que existe un desistimiento legal reconocido para el huésped. Por tanto, con el propósito de profundizar sobre su posible aplicación en el contrato objeto de estudio, pasaremos a analizar el contenido del precepto.

En primer lugar se ha de decir que el art. 160 presenta un derecho de desistimiento que no comparte las características propias del derecho de desistimiento en los arts. 102 y ss. TRLGDCU. Así, lo primero que se advierte de la lectura del precepto es la ausencia de gratuidad en todos aquellos casos en los que el consumidor pretenda ejercitar su derecho de desistimiento dentro de los quince días inmediatamente anteriores a la fecha en la que efectivamente comenzaría el contrato. Por tanto, la facultad de desistir presenta características diversas según el momento en el que se ejercita por el consumidor; de este modo, las consecuencias derivadas de un desistimiento tardío, y por lo tanto próximo en el tiempo a la fecha de inicio del viaje, resultarán más severas que aquellas que se derivan para el consumidor que ejercita su facultad en un espacio temporal alejado de la fecha en la que comienza a ejecutarse el contrato. Veamos:

- Ejercicio de la facultad *antes* de que comiencen los quince días inmediatamente anteriores a la fecha en la que comenzaría el contrato: en estos casos, tal y como también ocurre en los arts. 102 y ss., el desistimiento se ejercita de forma gratuita. Parece ser que en tales hipótesis el ejercicio gratuito de la facultad se presenta como la alternativa más coherente. Esto es debido fundamentalmente a que en estos supuestos no existiría un perjuicio desproporcionado para el empresario, quien podrá volver a comercializar con las habitaciones contratadas por el consumidor que ahora desiste, debido a que el tiempo que media entre el desistimiento y la fecha de inicio del contrato es considerable.
- Ejercicio de la facultad *dentro* de los quince días anteriores a la fecha en la que comenzaría a ejecutarse el contrato: en tales supuestos, el legislador establece unas penali-

⁴³ El art. 160 TR dice así: «En todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor:

a) Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 por ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por ciento entre los días tres y diez, y el 25 por ciento dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida.

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.

b) En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes».



zaciones que van variando en función de la antelación con la cual el consumidor deje sin efecto el contrato. Estas penalizaciones, que tan criticadas han sido por un sector doctrinal⁴⁴, son las que a nuestro parecer sirven para equilibrar las posiciones de las partes y las que mitigan los daños que el empresario puede sufrir como consecuencia del ejercicio del derecho. De este modo, tal y como establece el propio art. 160 TR el cliente abonará «una penalización consistente en el 5 por ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por ciento entre los días tres y diez, y el 25 por ciento dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida».

- La falta de aviso por parte del consumidor: el art. 160 TR también contempla la posibilidad de que el cliente no se presente a la salida del viaje. Para estos casos, dice el precepto, «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». Traducido al hospedaje significa lo siguiente: todo cliente de un servicio de alojamiento que sin previo aviso no haga uso de los servicios contratados, debería satisfacer el importe total del alojamiento, a no ser que su ausencia se deba a un supuesto de los considerados como casos de fuerza mayor o exista acuerdo en sentido contrario entre las partes.

Al margen de las tres hipótesis estudiadas, merece una especial referencia el análisis de los casos en los que la decisión del consumidor viene condicionada por un supuesto de fuerza mayor. De este modo, el propio art. 160 TR establece que «en todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, *salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor*»⁴⁵. Es decir, aun en los casos en los que el cliente no se presente a la salida, no tendría que abonar ningún tipo de indemnización si su decisión viniera fundamentada por un supuesto de fuerza mayor.

En segundo lugar, como podemos advertir de lo dicho hasta el momento, los plazos de los que dispone el consumidor de un contrato de viaje combinado para ejercitar el derecho de desistimiento casan mejor con el contrato de hospedaje que los plazos dispuestos por el art. 104 TR, los cuales parecen estar pensados para un contrato de compraventa.

⁴⁴ Sobre la justicia de estas penalizaciones se pronuncia I. BELUCHE RINCÓN, para quien «la indemnización fijada en el art. 160 del TRLGDCU, y con anterioridad en el art. 9.4 LVC, era y es (...) una previsión inadmisiblemente para el usuario, al que la norma en teoría pretende dotar de una mayor protección». «La deficiente protección...», *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵ Conviene tener en cuenta que no estamos hablando de la fuerza mayor como causa impeditiva del cumplimiento, «pues no se trata de que el consumidor no pueda pagar el precio, sino de la fuerza mayor como *causa que le impide aprovechar la prestación de la contraparte* (...) Así, el desistimiento quedaría justificado por causa de fuerza mayor cuando, después de reservado el viaje, sobreviene una circunstancia ajena al consumidor, imprevisible para él al momento de contratar y de consecuencias inevitables pese al empleo de toda la diligencia exigible, que determina su pérdida de interés en realizar el viaje aún posible». De este modo, el papel de la fuerza mayor «no es justificar el incumplimiento por parte del consumidor sino justificar su falta sobrevenida de interés en participar en el viaje por imposibilidad de aprovecharlo o disfrutarlo con sentido». Dicha circunstancia imprevisible e inevitable que le impide al consumidor participar en el viaje puede ser de orden estrictamente personal. E. GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998, p. 202 ss.



Estamos ante plazos de ejercicio lógicos que tienen en cuenta la naturaleza del servicio ofertado.

Sin embargo, pese a que del análisis hasta ahora realizado se deduce que la aplicación del art. 160 TR al hospedaje sería coherente con la estructura que presenta el contrato, los inconvenientes que provocaría aplicar el precepto al contrato objeto de estudio nos llevan a pensar que dicha norma no es susceptible de aplicación. Veamos por qué:

En primer lugar, el desistimiento es una figura de carácter excepcional, para cuyo ejercicio es imprescindible que la ley lo contemple – desistimiento legal –, o bien que las partes lo prevean en el contrato – desistimiento convencional o también llamado desistimiento contractual –. Este planteamiento nos lleva inevitablemente a una consecuencia: jurídicamente no es viable la aplicación analógica de todos aquellos preceptos que contemplen la posibilidad de desistir, puesto que, como sabemos, el art. 4.2 C.c. prohíbe la aplicación analógica de las normas excepcionales⁴⁶.

En segundo lugar, considerar de aplicación el art. 160 TR al contrato de hospedaje conllevaría suprimir la posibilidad de contratar el hospedaje a menor coste, pero sin posibilidad de desistir. En este sentido, viene siendo usual encontrar determinadas ofertas, sobre todo a través de internet, que permiten al consumidor poder celebrar el contrato a un precio más bajo siempre que renuncie a su derecho de desistimiento. Es lo que comúnmente se conoce como *ofertas no reembolsables*. En estos casos el establecimiento hotelero ofrece el servicio a menor coste, pero con la condición de que el consumidor no pueda ni cancelar ni modificar las condiciones de la oferta. Si el art. 160 TR resultara aplicable a nuestro contrato, esta práctica no sería en absoluto válida, al estar condicionado dicho precepto por las exigencias del art. 10 TR, según el cual, la renuncia previa al derecho de desistimiento reconocido al consumidor es nulo.

Por último, mantener que el art. 160 TR es aplicable al contrato objeto de estudio, conllevaría empeorar notablemente la situación de la que actualmente goza el huésped. Así, si el art. 1258 C.c. permite atribuir al cliente un derecho de desistimiento a pesar de no establecerlo la ley y de no existir pacto al respecto, ¿por qué aplicar una norma que, como el artículo 160 TR, solamente permite desistir gratuitamente en caso de que se ejercite el derecho antes de que comiencen los quince días inmediatamente anteriores a la fecha en la que efectivamente comenzaría a ejecutarse el contrato?

En lo que respecta al Derecho italiano, merece la pena traer a colación una pequeña síntesis de cómo se presenta en Italia la facultad de desistir de un viaje combinado, no solamente por las similitudes entre este contrato y el de hospedaje, sino también por la ausencia en dicho país de un artículo similar al 160 TR. Por tanto, cuando un consumidor de un viaje combinado o paquete turístico decide desistir del contrato antes de la salida del viaje, ¿a qué mecanismos legales puede acudir? Pues bien, antes de que entrara en vigor el D. lgs.,

⁴⁶ La razón de ser de que se excluya la aplicación analógica de las leyes excepcionales es que éstas constituyen *ius singulare* que, por implicar una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas, en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atenido a la norma general. Así se expresa la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, cuyo criterio sigue teniendo vigencia en nuestros días. Sin embargo, este obstáculo puede ser salvado si consideramos que el hospedaje queda contemplado en el art. 160 TR. Esto sería tanto como afirmar que no existe laguna legal, o lo que es lo mismo, que en estos casos existe desistimiento legal. De este modo, el contenido del art. 160 TR sería más amplio que el derivado de su tenor literal, siendo viable contemplar el hospedaje dentro de su regulación.



23 maggio 2011, n. 79, por el que se modifica el *Codice del Consumo*, era el art. 82 de este texto legal el que hacía referencia al objeto de estudio. Hoy en día, debido a las modificaciones apuntadas, las respuestas se encuentran en el art. 32 del *Codice del Turismo* en el que se establece que solamente en aquellos casos en los que el viaje combinado se contrate a distancia o fuera de establecimiento comercial, podrá el consumidor acogerse a los artículos del *Codice del Consumo* que regulan el desistimiento *ad nutum* en este tipo de contratos (antes de que entrara en vigor el Decreto Legislativo de 21 de febrero de 2014 esos preceptos eran los arts. 64 a 67 del *Codice del Consumo*. Sin embargo, en la actualidad el desistimiento *ad nutum* se regula en los artículos 52 y ss. del mismo texto legal). En todos los demás casos, el consumidor no tendrá derecho a un desistimiento discrecional, sino por justa causa, al que hacen referencia los arts. 40 y 41 del *Codice del Turismo* – antiguos artículos 90 y 91 del *Codice del Consumo* –. Sin embargo, lo que hasta aquí parece claro, se encuentra con un obstáculo que hace tambalear lo establecido por el art. 32 del *Codice del Turismo*. Este impedimento es el art. 59.1 n) del *Codice del Consumo*. En él se establece que el desistimiento previsto en los artículos 52 a 58 no se aplicará a «la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, i servizi di catering o i servizi riguardanti le attività del tempo libero qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici». La interpretación del citado precepto ha llevado a la mayor parte de la doctrina italiana a considerar el contrato de viaje combinado como uno de los contratos pertenecientes a la categoría *tempo libero*⁴⁷. Fundamentalmente razones de insostenibilidad económica de un *recesso di pentimento* en tal ámbito justificarían la exclusión⁴⁸. Por tanto, la polémica está servida: por una parte, el art. 32 del *Codice del Turismo* atribuye a los consumidores que contraten un paquete turístico a distancia o fuera de establecimiento comercial la posibilidad de desistir conforme a los arts. 52 y ss.; por otro lado, el art. 59.1. n) del *Codice del Consumo*, en sede de contratación a distancia, excluye la posibilidad de desistir conforme a los arts. 52 y ss. a los consumidores de un paquete turístico. La contradicción es evidente. Como bien apunta Zorzi Galgano se trata de un problema no resuelto legalmente, y que se deja al arbitrio del intérprete⁴⁹. Sin embargo, cómo también señala la citada autora, el segundo párrafo del art. 32 puede disipar algunas dudas. En dicho párrafo se establece, como ya hemos señalado en líneas anteriores, que solamente en aquellos casos en los que el viaje combinado se contrate a distancia o fuera de establecimiento comercial, podrá el consumidor acogerse a los artículos del *Codice del Consumo* relativos al desistimiento; sin embargo, acto seguido se dispone que «in tale caso il professionista è obbligato a comunicare per iscritto l'esclusione del diritto di recesso. L'omessa comunicazione in merito all'inesistenza del diritto di recesso determina l'applicabilità degli articoli 64, 65, 66 e 67 – actualmente arts. 52 a 58 – del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206». Dicha apreciación, que por otra parte no se contenía en el antiguo art. 82 del *Codice del Consumo*, parece ser próxima a la exclusión realizada por el art. 59.1 n), dejando entrever que la intención real del legislador es en todo

⁴⁷ E. SIMONINI, *La compravendita di pacchetti turistici on-line e l'esclusione del diritto di recesso da parte del turista*, en *Diritto del Turismo*, 1/2007, p. 25.

⁴⁸ N. ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, en *Contratto e Impresa*, n° 4-5/2011, p. 1203.

⁴⁹ N. ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, *op. cit.* p. 1207.



caso privar al consumidor de un viaje combinado de la posibilidad de un desistimiento legal *ad nutum*, pudiendo el consumidor desistir del contrato conforme a los arts. 52 y ss. solamente en aquellos casos en los que no es informado de que *no tiene* derecho a desistir.

5. Tanto en el Derecho español como en el Derecho italiano el contrato de hospedaje se presenta como un contrato atípico, exceptuando la responsabilidad del hostelero en caso de incumplimiento del deber de custodia, cuestión que queda regulada en los arts. 1783 y 1784 del Código civil y en los arts. 1783-1786 *Codice civile*. No obstante, el análisis realizado en las páginas anteriores nos lleva a concluir que mantener el contrato de hospedaje como atípico es un planteamiento correcto, y ello básicamente por una razón: las intervenciones legislativas en el ámbito contractual deben reducirse lo más posible y la decisión del legislador de regular el contrato sólo estaría justificada si las normas del contrato de servicios (que es la categoría general a la que pertenece), las normas generales de las obligaciones y contratos, y las normas sobre protección de los consumidores, resultaran insuficientes e inadecuadas para resolver las distintas cuestiones que suscita esta relación contractual.

Sin embargo, se ha comprobado que el Derecho español y el Derecho italiano cuentan con un marco normativo idóneo al que acudir para dar respuesta a la mayor parte de las cuestiones que se plantean en el ámbito de las relaciones entre el empresario hotelero y el cliente: la fase precontractual y en particular los deberes de información del empresario están hoy suficientemente tratados en la legislación de consumo; las dudas que pueda plantear la facultad de desistimiento del cliente encuentran respuesta en los usos; por su parte, tampoco el incumplimiento contractual presenta particularidades que justifiquen un tratamiento específico, siendo suficiente acudir a las reglas generales con las oportunas adaptaciones.