

Pablo Payá Diego

**EL CONTRATO DE HOSPEDAJE: CONSIDERACIONES GENERALES Y
RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO**

TRABAJO DE FINAL DE GRADO

dirigido por el Dr. Sergio Nasarre Aznar

Grado en Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2016

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
PRÓLOGO	5
1. HISTORIA DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE: DE ROMA A LA ACTUALIDAD	7
1.1- Introducción: evolución histórica del hospedaje	7
1.2- La responsabilidad derivada del hospedaje en el Derecho romano. La responsabilidad de los <i>caupones</i>	11
1.3- La recepción del Derecho romano en la Edad Media. La responsabilidad del mesonero. .	13
1.4- Regulaciones posteriores del hospedaje	17
2. EL CONTRATO DE HOSPEDAJE: RASGOS, CONTENIDO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS	19
2.1- Introducción.....	19
2.2- Rasgos del contrato de hospedaje.....	21
2.3- Elementos del Contrato de Hospedaje.....	34
2.3.1- <i>Derechos y obligaciones del hotelero</i>	35
2.3.2- <i>Derechos y obligaciones del cliente</i>	39
2.4- Textos normativos en los que se ampara el contrato de hospedaje	42
2.4.1- <i>Regulación en el Código Civil</i>	43
2.4.2- <i>Orden Ministerial de 19/7/1968 sobre clasificación de los establecimientos hoteleros</i>	46
2.4.3- <i>Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña</i>	48
2.4.4- <i>Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, sobre establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico</i>	48
2.4.5- <i>Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña</i>	49
2.4.6- <i>Convención de París de 1962 sobre la responsabilidad de los hoteleros</i>	50
3. LA RESPONSABILIDAD DEL HOSTELERO POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS EN EL ESTABLECIMIENTO	57
3.1- Introducción.....	57
3.2- La responsabilidad civil	57
3.2.1- <i>De la responsabilidad civil y el Derecho de Daños</i>	57
3.2.2- <i>Relación contractual o extracontractual en la RC y el hospedaje</i>	61
3.2.3- <i>Responsabilidad por culpa o riesgo del empresario</i>	66
3.2.4- <i>Carga de la prueba</i>	69

3.3-	Del depósito a la custodia: consideraciones generales	72
3.3.1-	<i>Consideraciones del depósito contemplado en los artículos 1783-1784 CC</i>	72
3.3.2-	<i>De la calificación o no del depósito como necesario</i>	76
3.4-	La custodia de los efectos introducidos en el establecimiento por parte del hostelero	81
3.4.1-	<i>La custodia indirecta de los efectos introducidos por el viajero.....</i>	82
3.4.2-	<i>La custodia directa de los efectos introducidos por el viajero.....</i>	99
3.5-	Cajas de seguridad.....	107
3.5.1-	<i>Cajas de seguridad individuales en las habitaciones.....</i>	109
3.5.2-	<i>Caja de seguridad central</i>	114
3.5.3-	<i>Contrato de cajas de seguridad.....</i>	115
3.6-	Daños en la persona del viajero.....	118
3.7-	Daños en el automóvil del cliente	122
3.8-	Daños causados por animales.....	129
3.9-	El sistema español y la Convención de París: tabla comparativa.....	131
4.	CONCLUSIONES	133
	BIBLIOGRAFIA	139

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCC	Código de Consumo Catalán
CCAA	Comunidades autónomas
CdH	Contrato de hospedaje
CJ	Código Justiniano
CP	Código Penal
CdP	Convención de París
DD	Derecho de Daños
DEATVT	Decreto sobre establecimientos de alojamiento turístico y viviendas turísticas
DOGC	Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DP	Derecho Penal
EAC	Estatuto de Autonomía de Cataluña
EEMM	Estados miembros
EOEATP	Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas Patrimoniales
FD	Fundamento de Derecho
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LCAT	Ley de Cataluña
LCGC	Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LO	Ley Orgánica
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LTC	Ley de Turismo de Cataluña
OJ	Ordenamiento jurídico

OM	Orden Ministerial
RC	Responsabilidad civil
RCC	Responsabilidad civil contractual
RCE	Responsabilidad civil extracontractual
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

PRÓLOGO

El turismo es uno de los principales sectores de nuestra economía, pues tradicionalmente hemos sido un país con gran atractivo en el extranjero por nuestra riqueza cultural y artística, nuestras tradiciones, nuestras gentes y el envidiado clima del que gozamos en la península ibérica, especialmente apreciado por nuestro vecinos europeos. Desde el boom turístico iniciado en la época del conocido “desarrollismo” de los años 60, España ha sido un país que ha sabido aprovechar sus recursos en este ámbito y ha invertido decididamente en un sector que actualmente se presenta como una de las principales industrias españolas. Pero para el nacimiento, desarrollo, sustento y futuro de este sector, que deseamos siga creciendo y postulándose como uno de los motores de nuestra economía que a la larga se traduzca en un aumento progresivo y continuado del bienestar social, hay un elemento que se presenta como imprescindible: el hospedaje. Y ello es lógico, pues cuando una persona se desplaza a un lugar en el que no dispone de residencia, necesita de algún sitio donde hospedarse durante el tiempo que permanezca lejos de su hogar, por lo que resulta imposible concebir el sector del turismo sin la industria del hospedaje.

Pero pese a la importancia que tiene el turismo en nuestra economía, y por consiguiente lo tiene también el contrato de hospedaje, nos resulta por lo menos curioso el hecho de que no goce en nuestro ordenamiento de una regulación propia que contemple todos los aspectos necesarios para el buen orden y funcionamiento de la industria, ya que tan sólo encontramos en su mayoría legislación administrativa que regula aspectos de funcionamiento interno de los establecimientos así como las relaciones para con la administración, pero no contamos con un cuerpo legal que estructure una base sólida en las relaciones con el cliente, que al fin y al cabo es parte indispensable y necesaria para el desarrollo del hospedaje, y configure un sistema de derechos y obligaciones en sus relaciones que dote de una eficaz seguridad jurídica estas relaciones. Y todo ello viene enfocado en especial hacia un ámbito que se antoja irreversible no sólo en el hospedaje, sino en cualquier relación entre personas, ya sean físicas o jurídicas: el de la responsabilidad. Un establecimiento de hospedaje suele ser un lugar concurrido, abierto al público y de constante circulación de gente que entra y sale, y ello es un ambiente propicio para el nacimiento de conflictos. Sin olvidar, que cada vez más la gente se

desplaza en sus viajes con mayor número de pertenencias, muchas de ellas innecesarias para el propósito del desplazamiento, pero el continuo cambio y desarrollo de la sociedad, y en especial la influencia de nuevas tecnologías, traen consigo cambios en nuestros hábitos y costumbres que también deben reflejarse en nuestro ordenamiento jurídico, pues tales enseres pueden ser fácilmente objeto de robo o hurto o cualquier daño o perjuicio, con el consiguiente nacimiento de responsabilidad para el que haya causado el daño o habiéndolo podido evitar, no lo haya hecho. Y ahí es donde la figura del empresario cobra especial relevancia, pues en la mayoría de casos no puede presentarse como un tercero ajeno a los hechos en lo que sucede en sus dominios.

En definitiva, la escasa regulación de la que goza el contrato del hospedaje, junto a las diversas controversias que pueden surgir durante el desarrollo del mismo, son algunos de los motivos que nos llevan a emprender esta investigación, en la que, después de conocer los antecedentes históricos del hospedaje de cara a comprender mejor el desarrollo de la industria a lo largo de los siglos y su configuración actual, pasaremos a analizar detalladamente la naturaleza y el contenido del contrato, así como aquellos textos legales sobre los que intenta sustentarse, para entrar luego de lleno a conocer todo lo relativo a la responsabilidad civil en el hospedaje por los daños o pérdidas que puedan sufrir los enseres de los clientes o éstos mismos.

1. HISTORIA DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE: DE ROMA A LA ACTUALIDAD

1.1- Introducción: evolución histórica del hospedaje

El hospedaje¹ como tal empieza a tener lugar en el momento en que el hombre deja de ser nómada y se establece en asentamientos que con el tiempo irán evolucionando en poblados y ciudades. Es ahí cuando empieza a tener lugar el tráfico de personas que, por diferentes motivos que no vamos a entrar a considerar, necesitan de un sitio donde poder descansar durante y para continuar su viaje, o para realizar alguna tarea en el lugar durante unos días y necesitan de un lugar en el que poder alojarse.

Los primeros antecedentes conocidos los tenemos en la época griega, donde se podía distinguir ya entre hospitalidad privada y pública. La primera se consideraba importante por la imagen que transmitía de los lugareños de riqueza y generosidad, y la segunda, descansaba sobre una doble base: un simple deber de humanidad, o un pacto entre estados².

Centrándonos en el mundo romano, que es el que más nos interesa para esta investigación pues como veremos más adelante, y al igual que pasa con gran parte de nuestro derecho actual, es en esta época cuando empieza a regularse el hospedaje y el modelo actual no dista mucho del de entonces, si bien mucho más completo y adaptado a las necesidades de nuestros tiempos. El concepto de hospitalidad es muy similar al que tenían los griegos: dar alojamiento a aquellos forasteros que lo requieran, también de manera pública o privada. Esta forma de dar hospitalidad descansa sobre la figura del *hospitium*³, de la que encontramos dos vertientes: el *hospitium privatum*, el que tenía lugar entre un ciudadano romano y un extranjero, y el *hospitium publicum*, entre el pueblo romano y un extranjero o una ciudad extranjera. En el año 413 aparece una

¹ Según la RAE: **1.** m. Alojamiento y asistencia que se da a alguien. **2.** m. Cantidad que se paga por estar de huéspedes. **3.** m. p. us. hospedería (l casa destinada al alojamiento).

² MARLASCA MARTÍNEZ, Olga, *Los establecimientos de hospedaje. Estudio histórico. Responsabilidades que derivan para los titulares de los mismos: de Roma al Derecho Actual*, Bilbao, 2008, Publicaciones de la Universidad de Deusto, p. 18.

³ La institución del *hospitium* era la manera en que se regulaban las relaciones entre miembros de ciudades extranjeras. También conocidos como “pactos de hospitalidad”, se corroboraban a través de las *tesseræ hospitales* (téseras de hospitalidad).

constitución recogida en el *Código Justiniano*⁴ de los emperadores Honorio y Teodosio, en la que por primera vez se alude al tema de la hospitalidad, indicando que se concede con la condición de que no se le pida la huésped nada de lo que se considera necesario para el alimento de sus hombres o animales, además de que la estancia sea breve y fluida⁵.

Es en este momento de la historia cuando empieza a surgir el hospedaje profesional, de manera subsidiaria a los dos formas de alojamiento anteriormente mencionadas, en el que un profesional ofrece alojamiento retribuido a aquellos que lo requieran. Dichos establecimientos eran conocidos como *cauponae*⁶, y desde un inicio fueron las clases más modestas las que acudían a este tipo de establecimientos, ya que los viajeros más pudientes llevaban consigo medios suficientes para acomodarse en cualquier otro paraje o servidumbre con más holgura. Por otro lado, la reputación que acompañaba a los *caupones*⁷ y que, como veremos más adelante, a duras penas varió a lo largo de los siglos, era bastante deplorable. En cuanto a testimonios de carácter jurídico, encontramos por ejemplo una constitución del emperador Alejandro a Aurelio en el CJ 4,56,3 que establece concretamente que “*la que fue vendida con la condición de que no hiciera comercio con su cuerpo, no sea tampoco prostituída en una hostería, so pretexto de servicio, a fin de que no se defraude a la condición impuesta*”, dejando constancia de las prácticas que se llevaban a cabo en estos establecimientos. Por otro lado, testimonios literarios como Juvenal en 8,174, se refieren a las “*gentes de mala conducta que frecuentaban las tabernas*”, o Cicerón en Phil.2,69 que se refiere a la mala fama de los hosteleros y dice además que sus establecimientos eran a menudo lugares de perversión. A pesar de todo esto, en la época de Augusto empezaron a crearse por los emperadores otro tipo de albergues con mejores condiciones para permitir descansar a los viajeros, las llamadas *mansiones*, en las que sólo eran admitidos los que llevaban una carta del emperador, el *diploma tractorum*, lo que no contribuyó a mejorar en líneas generales la industria del hospedaje ya que tan sólo eran unos pocos

⁴ Recopilación de constituciones imperiales promulgada por el emperador Justiniano, en una primera edición en el año 529 que quedó derogada por una segunda en el 534, el llamado *Codex Repetitae Praelectionis*. Fue la primera gran recopilación de leyes del mundo romano y ha servido como base para la configuración de algunos de los sistemas civiles actuales, como por ejemplo el francés o el español. El código consta de 12 libros que, a grandes rasgos, abarcan el derecho eclesiástico, privado, penal y público de la época.

⁵ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 18.

⁶ De ahora en adelante, *caupona* en singular y *cauponae* en plural.

⁷ Responsables de las *cauponae*, lo que hoy se conocería como hotelero o responsable del hotel. De ahora en adelante, *caupo* para el singular y *caupones* para el plural.

los que podían gozar de este privilegio. El resto de alojamientos parece ser que no mejoraron y guardaron considerable mala fama durante todo el Imperio romano.⁸

Más adelante, en la época medieval, una serie de factores contribuyen a que el hospedaje no prospere, y ante esta situación, los monasterios suplen la falta de hospederías albergando a los peregrinos que acudían a Roma, Santiago o Jerusalén. A pesar de esto, siguen existiendo los establecimientos que prestan alojamiento retribuido a viajeros (a partir de esta época mesones, ventas u hostales), en los que no se han mejorado las condiciones de épocas pasadas, y conociendo un poco el período medieval, podemos llegar a imaginar las condiciones de dichos parajes.

Por lo que se refiere a España, aquí el problema debió presentar caracteres semejantes a los de otros países, más teniendo en cuenta los continuos conflictos que se vivieron en la península durante este período de la historia, marcado principalmente por la invasión árabe y la posterior reconquista y por las inestabilidades políticas, especialmente en el Reino de Castilla, que daban lugar a constantes conflictos. En esta época existen en la península tanto instituciones piadosas como hospedajes retribuidos, y donde hay que destacar el Camino de Santiago como uno de los ejes que configuran el porvenir de la hospedería durante este período histórico, ya que *“determinó la creación de un dispositivo asistencial, en buena parte de carácter religioso y benéfico, pero que nutrió, a la par, una floreciente industria que incluía tanto una red de albergues y hospederías, más o menos rudimentarias, en manos privadas, como una serie de actividades mercantilizadas en torno a los recuerdos y objetos de carácter religioso”*⁹. Pero además, se trató de asegurar la vida y los intereses de los viajeros contra ataques de bandidos y demás maleantes. En este sentido, especialmente entre los siglos XII y XIV, empiezan a destacar normas como el *Fuero Real*, las *Siete Partidas* y algunos Ordenamientos de Cortes que tratan de proteger a los peregrinos y romeros contra fraudes de los posaderos, cambiadores de moneda, comerciantes con mala fe, etc... que se aprovechaban de la desprotección y desconocimiento de la zona del viajante. Además de esta legislación existe también legislación eclesiástica en la que se regulan privilegios y excepciones propias de los peregrinos que van a Santiago a cumplir con su

⁸ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, pp. 19-20.

⁹ MARTÍN MATEO, Ramón; MARTÍN-RETORRILLO, Lorenzo y VILLAR PALASÍ, José Luis, *Aspectos jurídico-administrativos del turismo*, en «Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo», Sevilla, 1996, pp. 29 i ss.

fe, como por ejemplo el *Códice Calixtino*¹⁰ en el que se remarca el buen trato y hospitalidad que por todos se debe a peregrinos y romeros, así como el empeño en evitar abuso contra éstos, como engaños o alza injustificada de precios.¹¹

En definitiva, este importante movimiento de peregrinaje determinó con el tiempo una serie de regulaciones de los servicios prestados a los peregrinos y viandantes en general, como por ejemplo la estipulación de tasas máximas de los precios que podían establecerse al hospedaje, la previsión de los elementos y utensilios de que debían disponer los albergues, etc... condiciones que se acercan más a la regulación y composición de la industria del hospedaje actual, en el que se intenta proteger al máximo al cliente. En aquella época se protegían los intereses divinos, el peregrino que quería cumplir con su fe en el viaje a Santiago, mientras que hoy en día se protege al turista como agente económico.

Ya en los siglos XVI y XVII, las casas de huéspedes recibían el nombre de fonda, posada y mesón cuando pertenecían a aldeas y ciudades (en prelación al acomodo y distinción)¹², y venta para las zonas más despobladas y alejadas del vecindario, más enfocada como albergue para transeúntes y viajeros. Manifiesta asimismo PFANDL¹³ sobre la condición del hostelero que *“el ser ventero o mesonero era profesión poco decorosa y considerada para los españoles legítimos de los siglos XVI y XVII. Y por eso se relegaba ese oficio ordinariamente la actividad de italianos, moriscos y gitanos”*. Otros relatos de la época también dejan constancia del mal estado de las ventas y posadas de la época y de sus responsables.

Más adelante, ya en el siglo XIX continúa la mala fama de las hospederías españolas, pero diferenciando las condiciones de fondas y posadas, las primeras mucho más ventajosas y cómodas que las segundas como deja constancia RICHARD FORD¹⁴: *“La genuina posada española es precisamente una casa donde reposar las fatigas del viaje.*

¹⁰ Manuscrito anónimo de carácter religioso que data del siglo XII. Está dividido en cinco libros y dos apéndices en el que se recogen sermones, himnos, milagros, relatos, textos litúrgicos y piezas musicales relacionadas con el Apóstol Santiago. Su libro V constituye una guía para los peregrinos que seguían el camino a Santiago con consejos, descripciones de la ruta y de las obras de arte en el camino así como de las costumbres locales de las gentes que vivían a lo largo del recorrido.

¹¹ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, pp. 21-23.

¹² PFANDL, Ludwig, *Introducción al siglo de oro. Cultura y costumbres del pueblo español de los siglos XVI y XVII*, Madrid, 1994, Ed. Visor Libros, p. 204.

¹³ PFANDL, *Introducción al siglo de oro. Cultura y costumbres del pueblo español*, p. 206.

¹⁴ FORD, Richard, *Comidas, vinos y albergues en España*. Traducción de Héctor Silva (Madrid, 1998).

Estrictamente hablando, el posadero sólo está obligado a proporcionar alojamiento, sal y el derecho a cocinar aquello que el viajero traiga consigo o pueda obtener fuera de la casa; y esto difiere de la fonda, que suministra comidas y bebidas”.

El siglo XX es el momento en el que el mundo y la sociedad empiezan a evolucionar de manera más rápida en un lapso de tiempo considerablemente menor que el resto de la historia anterior, y el hospedaje es un reflejo más de ello. Comienza a darse un fenómeno prácticamente desconocido hasta el momento que es el turismo, la gente ya no sólo viaja por motivos religiosos o comerciales principalmente, sino que comienza a interesarse por conocer mundo debido a la aparición de recursos que facilitan esta posibilidad (principalmente el desarrollo de los medios de transporte) y por el cambio del estilo de vida de una sociedad que cada día tiene más cubiertas sus necesidades básicas. Y es a partir de los años sesenta cuando este crecimiento en tendencia desde principio de siglo explota fuertemente en nuestro país, primero por el litoral mediterráneo y luego expandiéndose por el resto de zonas costeras hasta llegar al más profundo interior de la meseta, menos turístico aparentemente.

1.2- La responsabilidad derivada del hospedaje en el Derecho romano. La responsabilidad de los *caupones*.

Es en la época romana cuando el hospedaje empieza a ejercerse de manera profesional, lo que conlleva que surjan variedad de deberes y obligaciones para las partes, y en especial para los mesoneros, más conocido en esta época como *caupones*.

En relación con las obligaciones, en las *Res cottidianae*¹⁵, obra atribuida a Gayo, se hace una tripartición del nacimiento de las obligaciones, esto es, cuando antes nacían exclusivamente de los contratos o los delitos (*contractus-delicta*), aparece en este momento una tercera figura conocida como *variae causarum figurae*, en la que conviven diversas responsabilidades de diferente naturaleza que no pueden englobarse como derivadas de un contrato o un delito, como por ejemplo y para que nos hagamos una idea, la tutela (Dig. 44,7,5,1) o los legados (Dig. 44,7,5,2)¹⁶. Finalmente, la obra de

¹⁵ Se atribuye a Gayo puesto que no tenemos más conocimiento de esta obra que los extractos incluidos en el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano. Se considera como una revisión de su primera obra las *Instituciones* de Gayo, y es relevante principalmente por la nueva clasificación del nacimiento de las obligaciones que se defendía.

¹⁶ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 31.

Gayo se refiere a la responsabilidad que deriva de los hurtos y daños que puedan sufrir los objetos introducidos en una nave, una posada o un establo, de los que respondían los *nautae*, *caupones* y *stabularii* respectivamente¹⁷. Por lo tanto, nos encontramos en el punto que nos interesa que no es otro que el momento en el que empieza a surgir una responsabilidad concreta del *caupo* respecto los bienes que los viajeros introducen en la *caupona*, y que vamos a analizar en las siguientes páginas.

En un principio no existía una responsabilidad concreta de los *caupones* sino que estos se sometían a las normas comunes de responsabilidad, en este caso la mayoría de las veces se enfrentaban a la *actio depositi*¹⁸ directa que podían ejercer los afectados o, si alguno de los efectos o bienes del pasajero habían sido sustraídos, ejercer la *actio furti*¹⁹. En algunos casos estas acciones no eran suficientes, ya que se tenía que demostrar la existencia de un contrato entre el mesonero y el viajero, lo que no beneficiaba la posición de este último que en muchos casos veía privado de sus bienes sin ningún tipo de compensación.

El primer paso en la defensa de los intereses del viajante lo encontramos en el *Ius honorarium*²⁰, que estableció una responsabilidad especial respecto los bienes y enseres que eran entregados al *caupo*, basada esencialmente en la costumbre de comprometerse éstos a cuidar de las pertenencias del pasajero, bien de palabra o mediante constancia en contrato. Así, nacía por primera vez el compromiso de los responsables del establecimiento de cuidar los bienes introducidos por los viajeros y por ende de responder por su pérdida o daño. De todo esto nace como resultado la primera norma que contempla implícitamente la responsabilidad de los *caupones*, recogida en el Edicto pretorio, quedando constancia en el Dig. 4,9,1, pr., en el que se declaraba la insuficiencia del *receptum*²¹ para regular las relaciones entre mesonero y viajero,

¹⁷ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 32.

¹⁸ Acción que podía ejercer el viajero si se habían observado las formalidades establecidas para el depósito y que le permitía exigir la restitución de la cosa al *caupo*.

¹⁹ Acción que podía ejercer el viajero si le habían sido sustraídos sus bienes y que conllevaba la obligación de restituir al afectado el duplo, triple o cuádruplo, según el caso, del valor del objeto dañado o sustraído.

²⁰ Derecho creado por la jurisdicción de los magistrados a través de los edictos publicados por el Pretor, con la intención de modificar aspectos del derecho civil que o bien carecían de regulación, o bien ésta era incompleta o insuficiente o no daba respuesta a las necesidades que en ese momento eran requeridas. Se asemeja a la jurisprudencia actual.

²¹ Pacto por el que el *caupo* se obligaba a responder por los efectos introducidos por el viajero. Hay que diferenciar el *receptum cauponum* en referencia a la responsabilidad del hospedero, del *receptum*

indicando que estas relaciones tenían que estar reguladas por normas civiles que gobernarán la responsabilidad de los *caupones*, de las que surgen la *actio in factum*²² que obligaba a la restitución de las cosas o de su valor *in simplum* así como del resarcimiento de los daños que hubieran sufrido, y una acción penal, la *ex quasi maleficio*, por la que el *caupo* había de indemnizar al viajero *in duplum*. En la primera, se obtiene la restitución de los bienes o el resarcimiento por los daños causados, se dirige contra el mesonero y se puede utilizar siempre que se produzca el daño aunque el mesonero no haya sido el responsable y además, se transmite esta obligación a los herederos; la segunda, persigue la indemnización del daño al múltiplo, es decir, a un número múltiplo sea duplo, triple cuádruplo... del valor de los bienes dañados o sustraídos por acción u omisión del mesonero, es decir, se castiga aquí la falta de diligencia de éste, y no puede ejercitarse contra los herederos como consecuencia de la responsabilidad personal en los daños del *caupo*, y como consecuencia de la responsabilidad surge la carga de la prueba para el viajero.²³

Estas acciones fueron las principales en cuanto a la responsabilidad de los *caupones* en relación a los bienes introducidos por los pasajeros en las *cauponae* de la antigua Roma. Lógicamente existen más, pero no es la finalidad de nuestra investigación seguir indagando en ellas y nos sirve lo expuesto para edificar una idea sobre los inicios de la responsabilidad del hotelero respecto los bienes introducidos por los viajeros en sus establecimientos.

1.3- La recepción del Derecho romano en la Edad Media. La responsabilidad del mesonero.

El derecho en la Edad Media se caracteriza por la fuerte influencia del Derecho romano, por lo que la regulación en torno al tema del hospedaje tampoco difiere mucho de lo anteriormente explicado. Esta influencia del Derecho romano viene dada porque entre finales del siglo XI y principios del XII empieza a extenderse por la generalidad europea el *Ius commune* o derecho común, que se empezó a gestar en Bolonia por los juristas

nautarum o *stabularii*, relativos a la responsabilidad del marinero y del dueño de pesebres o establos respectivamente.

²² Acciones creadas por el Pretor para proteger supuestos no contemplados por el derecho civil hasta el momento, principalmente castigaban comportamientos dolosos.

²³ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, pp. 32-35.

italianos y en el que se integran el Derecho romano de Justiniano (la destacada importancia de su obra comportará tanto la influencia en la regulación del derecho en la Edad Media como en otras épocas posteriores) y el Derecho canónico, por la importancia que tenía en la Edad Media el poder eclesiástico.

En la península también tiene lugar la recepción del Derecho romano, y las *Siete Partidas* y *El Fuero Real* son el máximo exponente de este hecho, que caló no sin cierto recelo de los juristas de la época de ver perderse las costumbres y tradiciones de los diferentes reinos, lo que llevó a la redacción de normas que tenían como fuente éstas últimas, como los *Fueros de Castilla*. A continuación, comentaremos ambos textos en relación a nuestro tema de estudio.

La influencia del Derecho romano en la Edad Media fue notoria en toda Europa y nuestra península no iba a ser ajena a tal acontecimiento. De este modo, cabe destacar primeramente la obra legal más importante de Alfonso X “el Sabio”, las *Siete Partidas*²⁴, con la que se trató de unificar el derecho en el Reino de Castilla, y en la que ya se trataban temas relativos al hospedaje. En primer lugar, una de las disposiciones relativas a dicha materia contenía en la Partida 5,8,26 la responsabilidad de los dueños de los albergues respecto los bienes de los huéspedes estableciendo: “*como los ostaleros é los aluergadores, é los marineros son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas é en sus nauios aquellos que ay rescibieren*”, lo que en castellano actual se resume en que los dueños de los albergues habrán de pagar el precio de las cosas que pierdan en sus albergues, siendo esto un paralelismo de la *actio in factum* de la época romana que anteriormente comentamos. Otro paralelismo lo encontramos a la hora de considerar el depósito con el simple recibimiento de las cosas por parte de hostelero, en el mismo precepto de las Partidas consta que “*aquellas que fueren y metidas con sabiduría de los señores de los ostales o de las tauernas: o de las naues: o de aquellos que esouieren y, en lugar de ellos, que las guarden, de guisa que se non pierdan, nin menoscaben*”, de manera que se deja constancia que cuando el responsable del alojamiento tuviera conocimiento de la introducción de los enseres del huésped en el

²⁴ Constituye el código más importante de la historia del derecho español y representa el apogeo de la recepción en Castilla del derecho común. Elaboradas desde el 1256 hasta el 1265, se dice que recoge gran parte de derecho común en lugar del tradicional castellano puesto que Alfonso X aspiraba al trono imperial y pretendía establecer un derecho de alguna manera conocido en los países que pretendía gobernar. Consta de 7 partidas dedicadas a las fuentes del derecho y del ordenamiento eclesiástico; al derecho público; la organización judicial y el proceso; derecho privado y derecho penal.

establecimiento, nacía la obligación por parte del mesonero de actuar con diligencia para que los afectos ni se perdiesen ni se menoscabasen, algo que se asimila a la regulación actual del CC respecto al hospedaje. Similar a esta figura encontramos la siguiente ley (27) dentro de la misma sede de las partidas, cuando se refiere a los peregrinos que se alojan con sus cosas en establecimientos ajenos y rubrica “*como los osteleros, é los aluergadores deuen recibir a los peregrinos, é guardar a ellos é a sus cosas*”, lo que alude la obligación del fondista de guardar los bienes introducidos por los peregrinos en sus responsabilidades.

Respecto a los hurtos, el fondista se hace responsable únicamente de aquellos cometidos por parte de otros viajeros, y no por extraños, cuando la citada partida establece que “*o si las furtasen alguno de los omes que bienen con ellos*”. Por otro lado, en la partida 7,14,7, se dice que “*como aquel que tiene el ostalaje en su casa, e los almoxarifes que guardan el aduana, e los otros que guardan el alfondiga del pan son tenudos de pechar las cosas que furtan en cada uno destos lugares*”, es decir, los hosteleros tendrán que responder por los enseres que le son sustraídos a los viajantes pagando su precio. Además, si el hurto es cometido por un siervo del mesonero éste podrá elegir entre pagar el doble del valor del bien hurtado o entregar al siervo, y si lo es por un extraño el mesonero no responderá como se ha comentado anteriormente, considerándose una *fuerza de enemigos* contemplada en la partida 5, 8, 26. Otro caso contemplado por el referido precepto de las Partidas y con el que no encontramos paralelismo en el Derecho romano se da cuando el fondista le entrega al viajero las llaves de una habitación para que guarde allí sus cosas: “*si aqui queredes estar, meted en esta casa, o en esta arca vuestras cosas, e tomad la llave della e guardallas bien*”, algo que de alguna manera podría asemejarse al servicio de caja fuerte que se presta en hoteles hoy en día.²⁵

También se contemplaban casos de extinción de responsabilidad, siempre que no concurriera engaño o culpa por su parte, como por ejemplo cuando éste y el viajante expresamente lo pactaran. Se consideraban los casos de fuerza mayor como eximentes de responsabilidad: “*si se perdieren las cosas por alguna ocasión que aviniesse como fuego que los quemasse, abenidas de rios, ruina, fuerza de enemigos*”, en estos casos el mesonero quedaba libre de culpa.²⁶

²⁵ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 59.

²⁶ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, pp. 54-58.

Estos son algunos de los aspectos que se pueden destacar de las *Siete Partidas* para conocer un poco acerca de la regulación del hospedaje y la responsabilidad del mesonero en la Edad Media de la península. No sólo las Siete Partidas regulan el hospedaje, pero sí hemos considerado comentar esta obra pues es el texto legal más representativo de la época y uno de los más importantes de la historia jurídica española.

Aun así, otros textos como *El Fuero Real*²⁷, también obra del rey Alfonso X, regula el hospedaje configurando una serie de aspectos en relación a los peregrinos que van a Santiago en su FR 4,24 *De los romeros*, entre otras cosas confirmando su derecho a circular por todo el Reino y de ser satisfechos los daños causados por el mesonero y otras personas, siendo de esta manera medidas de protección mayoritariamente. También algunas obras de las que anteriormente comentábamos que velaban por la protección de las tradiciones y costumbres castellanas ante el fenómeno de la romanización tocan aspectos relacionados con el hospedaje, como pueden ser los *Fueros de Castiella*²⁸, la obra más representativa del derecho territorial castellano. En su título 2, *Titulo del albergador*, nos presenta un caso en que un romero alemán entrega sus dineros para que se lo guarden, y cuando se lo van a devolver hay menos, a lo que se responde “*et uou apechar los dineros, quantos el romero tomo sobre su viaje*”. En el título 20 *Titulo delos furtos delos romeros en casa delos aluergadores*, se exime al albergador de responsabilidad sobre los bienes del romero cuando tiene lugar un hurto que afecta a ambos, pero si el perjuicio afecta tan sólo al romero “*et sy el aluergador non perdiere nada delo suyo, deue le el pechar todo alos romeros*”.²⁹

En resumen, en este período de la historia observamos una regulación del hospedaje bastante protectora del “cliente”, aunque en este momento histórico no sea aun el calificativo más adecuado para los romeros y peregrinos que viajaban a Santiago para cumplir con su fe, hecho que explica esta voluntad del legislador de querer proteger a los viajeros de engaños y malhechores por el fuerte poder que la iglesia tenía en la época.

²⁷ Al contrario de lo que puede parecer, en un inicio el Fuero Real promulgado por Alfonso X en el 1255 no fue un derecho unitario en Castilla, sino que era con cedido como privilegio a determinadas localidades. No obstante, a lo largo del tiempo acabó configurándose como una de las principales normas del derecho castellano junto con las Siete Partidas. Consta de 4 libros dedicados a cuestiones religiosas y políticas, procedimiento judicial, derecho privado y derecho penal

²⁸ De autor desconocido, excede de 300 capítulos y es la más primitiva redacción extensa de derecho territorial castellano y derecho local.

²⁹ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, pp. 59-60.

1.4- Regulaciones posteriores del hospedaje

Los períodos anteriormente vistos nos sirven para hacernos una imagen de cómo nació el hospedaje y cuáles fueron sus orígenes tanto históricos como legales, así como su evolución a lo largo de los siglos. A partir de la Edad Media el hospedaje se va desarrollando con normalidad, con algunos avances y nuevas configuraciones producto del paso del tiempo pero siguiendo como patrón las bases asentadas en las épocas comentadas.

Para ir acabando con la temática de la historia del hospedaje, entramos de lleno en el proceso regulador que se inicia a finales del siglo XVIII hasta principios del siglo XX, que no olvida el hospedaje, y del que destacamos por su interés la *Novísima Recopilación*³⁰ y el Proyecto de Código de 1851³¹. El primer texto, promulgado en 1805 por el Rey Carlos IV, contiene algunas disposiciones relativas al hospedaje repartidas a lo largo del citado texto legal. Por ejemplo, en Nov. Recop. 7,35,8 se recoge una Ordenanza General de Correos y postas, caminos y posadas; por otro lado y más importante, en Nov. Recop. 7,36 bajo el título *De las ventas, posadas y mesones* se recogen 13 leyes sobre el hospedaje. En definitiva, en este texto legal de nuevo se considera el hospedaje como una figura de la que el legislador no se puede despreocupar pues siempre habrán viajeros que necesiten de un lugar para reposar.³²

En segundo lugar, el Proyecto de Código de 1851, considerado como el más importante antecedente del Código Civil actual, recoge principalmente dos preceptos en los que se trata la responsabilidad por los daños causados en fondas y mesones. Primeramente el artículo 1689 establece que “*Se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas ó mesones; y los fondistas ó mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento à los mismos, ó*

³⁰ Fue editada en 1805 como recopilación del derecho español, en un momento de auge de la corriente codificadora que se inicia en Europa a finales del XVII y principios del XIX, lo que le valió numerosas críticas tanto por el anticuado sistema de recopilación de leyes utilizado como por su contenido. El jurista de la época Francisco Martínez Marina decía de esta obra «*Vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas*».

³¹ En 1851 la Comisión General de Codificación remitió al gobierno del moderado Bravo Murillo con García Goyena como Ministro de Gracia y Justicia el proyecto de codificación más importante hasta la fecha en nuestro país, basado en el código napoleónico pero manteniendo la tradición y esencia española. Sin embargo, el proyecto no acabó de prosperar, entre otras cosas, por considerarse excesivamente radical en algunas materias, especialmente sociales y religiosas.

³² MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, pp. 65-66.

a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa”. Se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones, una consecuencia de la influencia del Código civil francés y que se recoge también en el Código Civil actual, concretamente en el art. 1783. En segundo lugar, el artículo 1690 dice que *“La responsabilidad comprende tanto los daños en los efectos de los viajeros por los criados ó dependientes de los fondistas ó mesoneros, como por los extraños que van y vienen a las mismas fondas o mesones, pero no los ocasionados por fuerza mayor”*. Esta afirmación la encontramos ya en el Derecho romano, además de ser prácticamente idéntica a la que se plasma en el art. 1784 del CC.³³

En 1889 se promulga el Código civil español vigente en nuestros días, que es un gran reflejo del Proyecto de código del 1851 como observamos de los dos preceptos relativos al hospedaje de ambos códigos y que son prácticamente idénticos, y en definitiva, es producto de las bases jurídicas que se establecieron en la época romana y que han ido manteniéndose y configurándose a lo largo de los siglos hasta dar lugar a la regulación, aunque algo escasa en nuestro ordenamiento, que tenemos hoy en día de hospedaje y que estudiaremos a lo largo de nuestra investigación.

³³ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, pp. 67-70.

2. EL CONTRATO DE HOSPEDAJE: RASGOS, CONTENIDO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1- Introducción

En este segundo punto entramos de lleno en el núcleo del objeto de nuestra investigación, el contrato de hospedaje. Una vez ya conocidos los antecedentes históricos que nos traen hasta el día de hoy, analizaremos el contenido, rasgos y características, así como la normativa sobre la que se sustenta esta figura que, como podremos observar a lo largo del trabajo, cuenta con poco desarrollo legal en nuestro país a diferencia de otros países, especialmente sudamericanos, en los que este contrato se presenta como una figura definida y tipificada por la legislación, como por ejemplo Colombia (art. 79 Ley General de Turismo 300/1996: “*El Contrato de hospedaje en un contrato de arrendamiento, de carácter comercial y de adhesión, que una empresa [...]*”), Perú (art. 1713 Código Civil “*Por el hospedaje, el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos, a cambio de una retribución. [...]*”), o México (art. 2666 Código Civil Federal “*El contrato de hospedaje tiene lugar cuando alguno presta a otro albergue, mediante la retribución convenida, [...]*”). Es curioso que, por la relevancia que hoy en día reviste el hospedaje y dado el peso que tiene en nuestra economía y sociedad el turismo, es más la tendencia de no tipificar este contrato, por lo que tendremos que atender a lo que diversas leyes estipulen, principalmente en el ámbito de los servicios, para llenar de contenido legal a esta figura³⁴.

Como comentábamos en el párrafo anterior, el poco desarrollo legislativo de esta figura hace tarea complicada encontrar una definición legal establecida, por lo que de su contenido y características tendremos que encontrar una definición que se acerque lo más lo posible a la realidad del contrato de hospedaje. Esta atipicidad se debe, en gran parte, a que su contenido se puede completar con distintas figuras ya reguladas en el ordenamiento y que más adelante iremos descubriendo y relacionando con el hospedaje, completando pieza a pieza el contenido este contrato.

³⁴ REPRESA POLO, M^a Patricia, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Madrid, 2004, Edersa, p. 34

En conclusión, aun no pudiendo aportar un concepto legal de hospedaje, podemos definirlo muy ampliamente como *“aquel acuerdo de voluntades en que una parte se obliga a prestar a una persona distintos servicios de distinta naturaleza que tienen como prestación principal el alojamiento, y la otra parte como contraprestación se obliga a pagar un precio establecido previamente”*³⁵. También la jurisprudencia española se ha ocupado de definir el contrato de hospedaje, considerándolo como *“un contrato atípico de tracto sucesivo y de naturaleza compleja en el que se combinan el arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales), de obra (para comida), y de depósito, para los efectos que se introducen”*³⁶. Por su parte, la doctrina coincide en definirlo como *“aquel contrato sui generis, de carácter complejo, consensual y bilateral, en virtud del cual una de las partes (el titular del albergue u hotel) se obliga con respecto a la otra (huésped o viajero) a cederle el uso de una o más habitaciones, a prestarle ciertos servicios, a la custodia de su equipaje y a la reventa de ciertos objetos o energías industriales, a cambio de una contraprestación en dinero”*³⁷.

De estas definiciones, que aunque con algunos matices diferentes vienen a decir lo mismo, podemos extraer que este contrato es un contrato complejo por la diversidad de elementos que lo conforman y que iremos observando a lo largo de este trabajo; consensual, porque como la mayoría de los contratos se basa en la voluntad de acuerdo entre las partes; bilateral, porque se celebra entre dos partes (dueño de la hospedería y huésped); oneroso, porque una de las partes se compromete al pago de un precio cierto por recibir las prestaciones que integran el contrato; y finalmente atípico, ya que no es un contrato específicamente tipificado y su contenido lo hemos de integrar a través de distintas normas dispersas en los diferentes ordenamientos jurídicos de nuestro Estado.

Una vez hecha esta breve pero concisa introducción al contrato de hospedaje, pasamos ya a analizar más en profundidad sus rasgos, contenido y fundamentos jurídicos.

³⁵ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 36.

³⁶ STS de 20 de junio de 1995, RJ 1995, 4932.

³⁷ BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *El contrato de hospedaje*, en «Lecciones de Derecho del Turismo», Valencia, 2000, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 285 y ss.

2.2- Rasgos del contrato de hospedaje

Una vez introducidas las primeras nociones básicas que nos ayudan a vislumbrar un inicio de lo que es este complejo contrato de hospedaje, comenzamos la incursión en su estudio remarcando algunos de sus rasgos característicos que nos ayudarán a llenarlo de forma y contenido y, en definitiva, a conocerlo mejor para un posterior estudio más detallado. Algunos ya han sido comentados anteriormente, y en este punto pasaremos a comentarlos con más profundidad para una mejor comprensión, dividiendo esta enumeración en dos partes: una primera, en la que remarcamos algunos de los rasgos que menos debate han suscitado entre la mayoría de la doctrina que estudia este contrato, y una segunda parte en la que nos encontraremos ante posturas divergentes en las que, tras comentarlas para conocer ambas posiciones, daremos nuestro punto de vista acerca de cuál creemos más adecuada en nuestra opinión, pues en una ciencia tan subjetiva como el derecho siempre encontraremos divergencia de opiniones según la interpretación del autor.

Primero de todo pasemos a conocer aquellos rasgos aceptados por la mayoría de la doctrina que estudia el CdH:

- Consensual: dada que la escasa regulación civil del CdH se centra en la responsabilidad del hotelero en relación al depósito necesario que invoca el 1783 CC, puede llegar a contemplarse la posibilidad de que nos encontremos ante un contrato de carácter real³⁸. Sin embargo, tanto la mayoría de la doctrina como nosotros mismos consideramos que el CdH es un contrato consensual, pues se perfecciona simplemente con el consentimiento de ambas partes, como en la mayoría de contratos celebrados entre particulares, que se puede expresar tácita o explícitamente: de la primera manera, con el ingreso del viajero en el establecimiento solicitando alojamiento se entiende que acepta las condiciones del contrato³⁹. De la segunda, con la perfección del contrato anterior a la llegada al establecimiento o a la entrada de la habitación, pues de la perfección se entiende ya el consenso por las partes de obligarse a lo que el contrato impera. Creemos que no es necesaria la entrega de ningún bien para que este contrato sea válido pues su objeto es prestar alojamiento a cambio de un precio cierto, sin

³⁸ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 79.

³⁹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 37.

que para ello sea necesario la entrega de los bienes del viajero ni de ninguna otra cosa, y podrá decidir libremente si dejar en depósito los enseres que porta en su viaje, pero como más adelante veremos, se trata de un acto dispositivo de la voluntad del viajero y que daría lugar a un nuevo contrato, aun dentro de la órbita del de hospedaje, que es el de depósito.

- Bilateral y oneroso: nos encontramos ante un contrato bilateral en el que surgen obligaciones para ambas partes. El fondista ha de garantizar un conjunto mínimo de prestaciones que son prestar el alojamiento en las condiciones pactadas además de una serie de obligaciones accesorias de mantenimiento con el fin de garantizar una estancia libre, pacífica y placentera, cumpliendo de esta manera con la buena fe contractual y con su labor de empresario que quiere ofrecer al cliente los mejores servicios. Por otro lado, el cliente está obligado a pagar lo convenido en el momento de celebración del contrato, y de ahí nace el carácter oneroso de esta figura contractual, en el que un empresario ofrece sus servicios a cambio de un precio cierto. Sin embargo, cabe destacar que la onerosidad no es un elemento esencial, sino natural, puesto que aunque en casos extraños, puede darse un hospedaje gratuito con las mismas condiciones que el oneroso, con la diferencia de no haber de pagar un precio cierto por los servicios recibidos, lo que no altera la naturaleza y causa del contrato ni lo vacía de contenido, pero sí que puede aminorar la exigencia de responsabilidad del hotelero en el cumplimiento de sus obligaciones⁴⁰. En los hospedajes “caritativos”, al igual que en los transportes “benévolos”, no cabe aplicar las normas generales de la responsabilidad profesional⁴¹.
- Contrato de adhesión: por regla general, el consentimiento del viajero estará limitado a las condiciones interpuestas de anterioridad por parte del hotelero, es decir, el cliente se adherirá a un contrato ya preestablecido respetando siempre las directrices y límites de la normativa administra que lo regule. Esta modalidad contractual, implica que *“las cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes, que no admite que la otra modifique o haga contraofertas, sino sólo que*

⁴⁰ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 39

⁴¹ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 79.

*las acepte pura y simplemente o que no contrate*⁴²; lo que unido al hecho que en la mayor parte de los casos el contenido de los contratos se integrará de condiciones generales que determinarán el contenido de los diferentes contratos que celebre el empresario-hotelero, implicará la aplicación al hospedaje de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación⁴³, así como el Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios⁴⁴ cuando el viajero reúna la condición de consumidor⁴⁵. De este modo el cliente tiene dos opciones, dar su consentimiento para perfeccionar el contrato y por lo tanto aceptar y adherirse a las cláusulas propuestas por el ofertante, sin posibilidad de contraoferta o negociación, o la no aceptación de estas cláusulas y por ende no someterse al contrato lo que implica su no celebración.

- Libre de forma: no es un contrato que deba seguir una forma solemne para su celebración, aunque en los últimos tiempos sí es cierto que en los contratos de consumo va en aumento la tendencia a documentar el contrato, principalmente de cara a tutelar los derechos del consumidor. De todos modos recalamos en que no existe una forma solemne establecida por ley para la validez del CdH, y únicamente ha de entregarse al cliente la llamada “tarjeta de habitación”, que suele ir envuelta por el documento de admisión, en el que no se recogen todos los elementos del contrato y que como tal no representa el medio de documentación del mismo, sino únicamente refleja la habitación que se va a ocupar, los datos identificativos de su ocupante y la duración de la estancia⁴⁶. Esto se hace en virtud de lo establecido en la Orden INT/1922/2003, de 3 de julio, sobre libros-registro y partes de entrada de viajeros en establecimientos de hostelería y otros análogos⁴⁷, en cumplimiento del artículo 12 de la recién derogada LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de seguridad

⁴² ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Barcelona, 2002, JM. Bosch Editor, p. 432.

⁴³ BOE 14 de abril de 1998, núm. 89, pp. 12304 a 12314.

⁴⁴ BOE 30 de noviembre de 2007, núm. 287, pp. 49181 a 49215.

⁴⁵ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 38.

⁴⁶ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 38.

⁴⁷ BOE 11 de julio de 2003, núm. 165, pp. 27179 a 27181.

ciudadana⁴⁸, y del artículo 25 de la actual LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de seguridad ciudadana⁴⁹. Sólo cuando el contrato se celebra en la distancia y con anticipación suele documentarse, por la naturaleza de los hechos, aunque no hay que confundir el contrato de hospedaje, de proporcionar alojamiento a cambio de precio cierto, con el de reserva hotelera, en el que se deja constancia de celebrar un posterior contrato que sí es el de hospedaje⁵⁰. Esta obligación de documentar el contrato celebrado a distancia deriva del art. 98 del TRLGDCU, que regula los requisitos formales para dichos contratos. También los contratos de viaje combinado⁵¹ son objeto de regulación por la mencionada ley, concretamente en el artículo 154.1 de dicha ley, diciendo literalmente que *“El contrato de viaje combinado deberá formularse por escrito y contener entre sus cláusulas, en función de las características de la oferta de que se trate, referencia, al menos, a los siguientes elementos: [...]”*. Por lo tanto, de todo esto destacamos la especial protección que se intenta otorgar al consumidor de cara a tutelar y proteger sus derechos, con el contrato documentado como medio de prueba ante cualquier conflicto que pudiera surgir, pero no tan sólo para el cliente, sino que para el empresario esta prueba documental de la celebración del contrato también le protegerá en algunas ocasiones, póngase el caso por ejemplo de aquel contrato celebrado con anterioridad pero que se cancela en el último momento por parte del cliente, con los inconvenientes que ello puede causarle al hotelero en función de las circunstancias del negocio.

Como dato de interés, en la siguiente página tenemos el modelo de documento de admisión que consta en el anexo de la citada Orden.

⁴⁸ BOE 22 de febrero de 1992, núm. 46, p. 6211.

⁴⁹ BOE 31 de marzo de 2015, núm. 77, p. 27228.

⁵⁰ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, pp. 38-39.

⁵¹ Según el artículo 151.1 del TRLGDCU, se entiende por viaje combinado: *“la combinación previa de, por lo menos, dos de los elementos señalados en el párrafo siguiente, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia. Los elementos a que se refiere el párrafo anterior son los siguientes: i) transporte, ii) alojamiento, iii) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado”*.

ANEXO

Tamaño A-5

Modelo de parte de entrada de viajeros.

Hoja-registro
(Rellenar con mayúsculas)
Datos del establecimiento

NIF: Parte nº
Nombre del establecimiento:
Municipio:
Provincia:
Sello del establecimiento

DATOS DEL VIAJERO

Núm de documento de identidad:
Tipo de documento: (1)
Fecha expedición del documento: (5)
Primer apellido:
Segundo apellido:
Nombre:
Sexo: (2)
Fecha de nacimiento: (3)
País de nacionalidad:(4)
Fecha de entrada:(5)

_____ de _____ de 20 ____

Firma del viajero

La recogida y tratamiento se hará de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y al amparo de lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Instrucciones de confección del impreso.

(1) Se admiten:

- Para españoles: D.N.I., pasaporte o permiso de conducir.
 - Para extranjeros: pasaporte, carta o documento de identidad (para ciudadanos de la Unión Europea, Andorra, Islandia, Suiza, Noruega, Malta, Mónaco y San Marino). Permiso de residencia español en vigor para los extranjeros residentes en España.
- Se cumplimentará: **D** = DNI, **P** = pasaporte, **C** = permiso de conducir, **I** = carta o documento de identidad, **N** = Permiso de residencia español, **X** = Permiso de residencia de otro Estado Miembro de la Unión Europea

(2) **F** = sexo femenino, y **M** = sexo masculino.

(3) En el formato **AAAAMDD**, al menos se cumplimentará el año de nacimiento. El mes y el día, si se desconocen, irán como 0000.

(4) Nombre del país de nacionalidad.

(5) En el formato **AAAAMDD**.

- Sucesivo o de ejecución periódica: el CdH es un contrato de tracto sucesivo en cuanto que se repite en el tiempo, es decir, tiene carácter reiterado y durante el tiempo que hayan pactado cliente y hotelero que el primero permanecerá en el hotel, el segundo estará obligado a prestarle alojamiento de manera continuada pues sino incurriría en incumplimiento contractual.
- Principal: el contrato de hospedaje es un contrato principal, es decir, no es la consecuencia de la estipulación de ningún contrato anterior sino que éste es el contrato principal del que pueden surgir otras figuras contractuales accesorias a él como contrato principal. Se ha comentado anteriormente y se pondrá más énfasis más adelante, pero de este contrato que en sí mismo tan sólo incluye el alojamiento y una serie de mantenimientos para garantizar una estancia pacífica y

agradable conforme los usos y costumbres de esta actividad y en virtud de la buena fe contractual con la que ambas partes deben cumplir en virtud del art. 1258 CC pueden nacer, en virtud de lo que acuerden las partes, otros contratos como el de aparcamiento, alimentos, etc...

Hasta ahora hemos enumerado algunos de los rasgos más remarcables y consolidados del CdH. Por otro lado, y para continuar nuestra enumeración de características destacables de este contrato con el fin de conocerlo en profundidad, entramos ahora en materias polémicas que dividen a la doctrina que estudia el hospedaje, pero de las que haremos un exhaustivo comentario e intentaremos, humildemente, dar nuestro punto de vista al respecto.

➤ Civil o mercantil: no existe una posición unánime entre la doctrina que estudia el CdH, pues ni en el Código Civil ni en el Código Mercantil existe regulación *ad hoc* al respecto, por lo que según su interpretación nos podemos encontrar ante un contrato meramente civil, mercantil, o incluso de naturaleza mixta⁵². De todos modos, la atipicidad del CdH a la que tantas veces nos hemos referido y que será comentada en el siguiente punto, hace que este hecho no revista de gran trascendencia, ya que da lugar a que la disciplina venga determinada por diversos factores⁵³:

- 1- Acuerdos de las partes: en primer lugar, la validez de estos atenderán a los límites primero del 1255 CC, es decir, a la autonomía de la voluntad a la hora de incluir pactos, cláusulas o condiciones en un contrato siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público; en segundo lugar y cuando se trate de contratos celebrados mediante las condiciones generales de contratación, por la ley que a éstos regula, la LCGC.
- 2- Normas previstas específicamente para este contrato: se ha comentado anteriormente que en nuestra legislación la figura del hospedaje como tal no está específicamente contemplada como tal,

⁵² MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 79-80.

⁵³ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 40.

si bien algunas normas sí que regulan algunos aspectos, y otras que, aun no regulando el hospedaje en concreto, se pueden aplicar a este ámbito por ser normas generales del CC sobre obligaciones y contratos, además de aquellas normas que guarden alguna relación con prestaciones integrantes del hospedaje, como pueden ser por ejemplo normas de arrendamiento de servicios, depósito, etc... sin olvidar aquellas normas administrativas que regulan aspectos del hospedaje. Por último, también son de importancia los usos que se han ido derivando de la práctica y, finalmente, las consecuencias derivadas de la buena fe.

Según una parte de la doctrina, este contrato reviste de carácter mercantil partiendo de la condición de comerciante del hotelero, mezclado con la configuración actual de la industria hotelera ejercida de forma profesional y de gran manera dominado por grandes empresas que controlan el mercado. Incluso, la normativa administrativa que disciplina el sector se refiere al hotelero como empresario hotelero. Así lo expresa también PÉREZ SERRANO⁵⁴ diciendo que *“la esencia del alojamiento, del verdadero contrato de hospedaje, es mercantil, en cuanto industria de intermediación ejercida profesionalmente y con ánimo de lucro”*, como ADOLFO NAVARRETE⁵⁵ considera que *“el contrato es mercantil por razón de las personas resulta evidente, pues la gran mayoría de los negocios hoteleros se explotan por compañías mercantiles y caen dentro del proyecto general contenido en el artículo 1º del Código de comercio”*. Se puede llegar a afirmar que el hospedaje es mercantil en cuanto el hotelero es un empresario y ejerce su actividad adaptándose a los requisitos exigidos por la legislación, mientras que existirá un hospedaje civil cuando el hotelero se dedique al alojamiento de terceros de forma ocasional y no organizada. Para aclarar esta controversia, el TS señala que *«no cabe en nuestro Derecho positivo, declarar a priori si el contrato de hospedaje debe reputarse acto mercantil, con la consiguiente calificación de comerciante al hotelero o*

⁵⁴ PÉREZ SERRANO, Nicolás, *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid, 1930, pp. 121 i ss.

⁵⁵ NAVARRETE, Adolfo, *El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería*, en «Revista de Derecho Mercantil», Madrid, 1958, p. 270

fondista, sino tener en cuenta, para marcar la diferencia de acto civil y mercantil, al complejo de operaciones que tal contrato implica, aquilatando los actos realizados por el deudor, especialmente el volumen del negocio y repercusión del mismo en orden a su transcendencia jurídica»⁵⁶, de lo que extraemos que para determinar el carácter civil o mercantil de este contrato es indiferente la condición de empresario del hotelero o que la actividad se ejerza bajo la forma de empresa mercantil, como algunos autores afirman, sino es necesario examinar las actividades y movimientos que se realizan en el tráfico jurídico del CdH para determinar su naturaleza.

Por otro lado, están los que defienden que la condición de comerciante del hotelero no es suficiente para calificar como mercantil el hospedaje, como tampoco lo es que la normativa administrativa reguladora del sector se refiera a éste como “empresario hotelero”, ya que atendiendo a la legislación, las únicas normas reguladoras del CdH se encuentran en el CC –responsabilidad, prescripción, derecho de retención-, por lo que como defiende CARRASCO PERERA⁵⁷, “*donde no hay concurrencia normativa, hay que afirmar que la regulación es Derecho privado general*”. Además, el citado autor se reafirma en su posición diciendo que «*Afirmar que se trata de una institución civil o mercantil no tiene ninguna consecuencia práctica, pues aquella calificación no condiciona la aplicación de las normas que han sido dictadas con carácter general para regular todos los supuestos de hecho*», es decir, no es relevante encuadrar este contrato en un ámbito u otro del derecho pues las normas de aplicación son las que son y, primeramente, no encontramos normativa en la regulación mercantil que aborde el hospedaje por lo que tendríamos que acudir a la regulación de Derecho privado general, y en segundo lugar, que ésta como ya se ha dicho, sí que regula algunos aspectos del hospedaje en el CC.

Por todo lo expuesto anteriormente, consideramos irrelevante para su práctica la calificación del CdH como civil o mercantil y por ende, más acertado hablar de hospedaje profesional o no profesional, según este sea prestado en los términos

⁵⁶ STS de 13 de marzo de 1936, RJ 32/1936.

⁵⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho Civil: Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, Madrid, 1996, Ed. Tecnos, p. 33.

del artículo 33 de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña⁵⁸, que describe como profesionales a las “empresas turísticas que se dedican profesionalmente a la prestación de servicios turísticos retribuidos de alojamiento o mediación”, y que “tienen que cumplir las condiciones fijadas por la presente ley y por la normativa que la desarrolle para la prestación de servicios turísticos.”. Del mismo modo, el artículo 2 del Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas⁵⁹, norma que, aunque derogada por el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre el acceso a actividades turísticas y su ejercicio⁶⁰, también contenía una definición de hospedaje profesional que nos sirve como modelo para plasmar el concepto que queremos expresar. De esta manera, el citado precepto se refería a que son “empresas de hostelería las dedicadas de modo profesional o habitual, mediante precio, a proporcionar habitación a las personas con o sin otros servicios de carácter complementario.”, sin olvidar que “la simple tenencia de huéspedes, del modo autorizado por el artículo dieciocho de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siempre que sean estables, no será reputada como actividad hostelera.”. Como vemos, ambos preceptos vienen a expresar el mismo espíritu: la voluntad de considerar el hospedaje no como civil o mercantil, sino como profesional o no profesional, en virtud, principalmente, de la retribución por el alojamiento prestado de modo profesional en un establecimiento dedicado habitualmente a ello.

- Típico o atípico: anteriormente se ha hecho referencia a la atipicidad del CdH al no estar regulado específicamente como contrato ni en la legislación civil ni en la mercantil. Como ya sabemos, atípico significa carente de regulación legal propia, es decir, no se recoge en el ordenamiento una normativa específica que configure y desarrolle los elementos definitorios de este contrato, lo que no impide que en la práctica sea un contrato bastante usual (en especial en nuestro país por la importancia del turismo) y que reciba un nombre para ser identificado por los distintos operadores jurídicos. Los contratos atípicos son resultado del

⁵⁸ BOE 16 de julio de 2002, núm. 168, pp. 25810 a 25828.

⁵⁹ BOE 20 de febrero de 1965, núm. 44, p. 2605.

⁶⁰ BOE, 4 de febrero de 2010, núm. 30, pp. 9808.

principio de autonomía de la voluntad reconocido a las partes y consagrado en el art. 1255 CC relativo a la autonomía de las partes a la hora de incluir pactos, cláusulas y condiciones en un contrato, lo que les permite a éstas crear nuevas figuras contractuales, tomando como modelos contratos ya regulados que se adapten mejor a los intereses que les motivan para celebrar el contrato y en definitiva, atendiendo a lo que nos aclara SANTOS BRIZ⁶¹ *“Este tipo de contratos derivan de las cambiantes necesidades económicas, de evolución más rápida que los preceptos contenidos en las leyes. No integran en modo alguno un irregular proceso evolutivo sino el normal desenvolvimiento de la vida jurídica económica”*. En la misma línea se postula el TS en diversas ocasiones como en la STS en la que el tribunal define los contratos atípicos diciendo que *“todo contrato atípico, se regula, en primer lugar, por la normativa imperativa, ciertamente escasa, sobre obligaciones y contratos, en segundo lugar, por lo pactado por las partes en aras al principio de autonomía de la voluntad, en tercer lugar, por la normativa de los contratos y especialmente, de aquél y aquéllos con los que guarde más similitud”*⁶². De este modo, nosotros consideramos atípico el CdH por, aun mencionándose algunos aspectos relativos a él en la legislación civil como observaremos más adelante, ésta es ciertamente escasa para calificar que este contrato goza de suficiente desarrollo legal como para considerarlo como un contrato típico y claramente diferenciado del resto en cuanto figura contractual propia, y habrá de completarse, fundamentalmente, con las normas generales de los contratos (arts. 1254 a 1314 CC), así como de los contratos parecidos, de una misma naturaleza esencial o de naturaleza similar⁶³. En esta misma dirección se postula la jurisprudencia, defendiendo el carácter atípico del hospedaje como la AP de Málaga que considera *“en el sentido de entender que entre las partes litigantes se concertó el denominado contrato de hospedaje, contrato atípico”*⁶⁴, o la AP de Madrid cuando afirma que *“La relación entre las partes era de contrato atípico de hospedaje, que incluye las obligaciones propias del depósito necesario de los Arts. 1783 y 1784 CC”*⁶⁵, lo

⁶¹ SANTOS BRIZ, Jaime, *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, 1992, Ed. Comares, p. 326.

⁶² STS de 30 de abril de 2002, Roj 3108/2002.

⁶³ STS de 30 de abril de 2002, RJA 4038.

⁶⁴ SAP Málaga de 26 de septiembre de 2000, núm. 596/2000.

⁶⁵ SAP Madrid de 18 de marzo de 2014, núm. 118/2014.

que reafirma nuestra postura de considerar el CdH como un contrato atípico que, si bien cuenta con algunos preceptos que regulan algunos aspectos, no es suficiente como para considerarlo un contrato específicamente regulado y reconocido como tal en nuestro OJ.

- Simple o complejo: tradicionalmente y por la nota de atipicidad que le caracteriza, se ha tenido a considerar el CdH como un contrato complejo por la diversidad de elementos originarios de otros contratos que lo modelan, dado en gran parte por la rigidez de algunas normas, pero este hecho no tiene por qué dar lugar a un contrato complejo de manera automática⁶⁶. Como se ha comentado, la rigidez de algunas normas hace que de la autonomía de las partes para celebrar un contrato y como fruto de sus intereses no tutelados por ninguna figura contractual existente, tenga origen un nuevo contrato en el que se coordinen prestaciones de diversos contratos en una única figura contractual. En este sentido, el TS afirma que *«al pasar de la abstracción de las normas a la realidad social, las formas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de los bienes, fin de los contratos que, se propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes; y a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales previstas por la ley o por la teoría de la variedad de las necesidades y deseos que pueden presentarse en la realidad responde el artículo 1255 C.C. Una de las manifestaciones de esa libre adaptación es la posibilidad de fusión de dos formas contractuales de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto, pero que también pueden unirse por la voluntad de los interesados, insertando una de ellas como antecedente o complemento de la otra, quedando confundidas en un solo contrato mixto por la unidad de fin, no del formal de las relaciones jurídicas derivadas del convenio, sino del real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas, causas para cada uno de ellos, en los onerosos»*⁶⁷. En la misma línea se posiciona JORDANO BAREA⁶⁸ cuando dice que *«Los contratos mixtos son aquellos que se cumplen fusionando*

⁶⁶ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 44.

⁶⁷ STS de 27 de febrero de 1950, RJ 129/1950.

⁶⁸ JORDANO BAREA, Juan, *Los contratos mixtos y la unión de contratos*, en «Anuario de Derecho Civil», 1958, p. 328.

o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte propias de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí. Cuando todas o algunas de las prestaciones características de dos o más contratos se encuentran en relación de recíproca coordinación, tendremos un negocio mixto».

Por todo lo visto hasta el momento, parece evidente que del CdH se derivan una serie de prestaciones de distinta naturaleza para el hostelero incluidas dentro del mismo contrato, lo que podría llevarnos a considerar sin más dilación que nos encontramos ante un contrato complejo. Sin embargo, hay que hacer un par de matizaciones: en primer lugar, no siempre que en una relación contractual concurren diferentes prestaciones tenemos que hablar de un contrato complejo, ya que puede que nos encontremos ante una unión de contratos o conexión contractual⁶⁹. La diferencia entre ambos conceptos radica en que en un contrato complejo, las distintas prestaciones tienen que integrarse en un único contrato y con una sola causa, que será compleja o mixta, mientras que en una unión de contratos coexisten prestaciones y elementos de diversos contratos que conservan su propia causa, produciéndose así una unión de contratos que no han llegado a fusionarse, sino que simplemente quedan ligados entre sí pero cada uno con su existencia independiente⁷⁰. Para acabar de aclarar este concepto, atendiendo a lo que dice la profesora LÓPEZ FRÍAS⁷¹: “*En el contrato mixto hay una sola causa (mixta) y en los contratos conexos dos o más causas distintas, en correlación al número de contratos que se hayan concluido*”. De esta manera, el elemento causal se muestra como el criterio más idóneo para diferenciar ambos supuestos. En segundo lugar, tradicionalmente el hospedaje se ha considerado complejo por las variadas obligaciones que asume el hotelero, pero esto no ha de ser siempre así, especialmente en los tiempos que corren. Antaño, los huéspedes requerían del posadero tanto el alojamiento como comida, manutención, lugar donde dejar el animal en el que se desplazara y su montura, alimentos para éstos, etc... hoy en día estos menesteres ya no son necesarios, es más, en muchas ocasiones el cliente ni tan siquiera contrata el

⁶⁹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 45.

⁷⁰ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 45.

⁷¹ LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, Ed. JM Bosch editor, p. 286.

servicio de comidas, por lo que en este caso sí estaríamos hablando de un contrato simple en que la única prestación por parte del hotelero acordada por las partes es la de prestar alojamiento⁷². Respecto esta posición, algunos críticos afirman que de ninguna manera es posible hablar de un contrato simple ya que nunca existe tan sólo la obligación de alojamiento, sino que de éste mismo surgen nuevas obligaciones como la de limpieza, mantenimiento de las habitaciones, custodia de los efectos introducidos, etc... sin embargo, para otra gran parte de la doctrina éstas no son obligaciones que formen parte del contrato, sino que son deberes que surgen de la relación jurídica que vincula a ambas partes después de la perfección del contrato de hospedaje, y que se establecen con el fin de proteger determinados intereses que a la vez busca el viajero con el hospedaje⁷³. Así pues, según una posición u otra se puede diferenciar entre obligaciones accesorias-deberes de protección.

Una vez comentadas las posibles opciones a la hora de considerar el CdH como simple o complejo, nosotros consideramos que se trata de un contrato complejo porque en él se unen diversas prestaciones de diferente naturaleza en un mismo contrato, el de hospedaje, que tiene una única causa, el alojamiento, causa de la que como ya se ha dicho derivan diversas prestaciones de diferente naturaleza al hospedaje en sí mismo para garantizar el cumplimiento y el goce y disfrute de la causa principal. Por lo tanto, descartamos que exista una unión contractual en la que coexisten diversos contratos con sus pertinentes causas, pues la única causa que motiva a ambas partes a celebrar el contrato es el alojamiento, el cual se refleja en el CdH, y el resto de prestaciones o contratos que puedan coexistir no tienen otra función más que complementar la causa principal del CdH, el alojamiento. Nuestra postura se fundamenta y se ve reforzada por los tribunales, como por ejemplo cuando la AP de Málaga considera el CdH como *“contrato atípico y de naturaleza compleja y tracto sucesivo en el que se combina arrendamiento de cosas, referido a la habitación (en este caso, un apartamento hotelero), el arrendamiento de servicios, referido a los servicios personales que ofrece el complejo hotelero (incluido aquí el alquiler de una caja de seguridad, ubicada en el mismo apartamento), y el depósito, referido a los efectos personales que introducen los clientes (en el caso de litis, en el interior de la*

⁷² REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 47.

⁷³ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 48.

referida caja de seguridad)”⁷⁴, o el TS cuando establece que “*el contrato de hospedaje es un contrato de naturaleza compleja y de tracto sucesivo en el que se combina arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales), de obra (para comida) y depósito, para los efectos que introducen*”⁷⁵.

2.3- Elementos del Contrato de Hospedaje

Nos centramos en este punto principalmente a atender los diferentes elementos que llenan de forma y contenido el contrato de hospedaje. Principalmente, el CdH consta de tres elementos destacables⁷⁶: el elemento espacial, el lugar donde se lleva a cabo el hospedaje. Hoy en día las disposiciones de carácter administrativo hablan de hoteles, hostales, hoteles apartamentos, pensiones, así como de alojamientos de carácter extra-hotelero: campamentos de turismo, ciudades de vacaciones, apartamentos turísticos [...]”⁷⁷, si bien nuestra investigación se centra principalmente en el complejo hotelero; el elemento formal, que como ya se comentó anteriormente no exige de una forma concreta para la validez del contrato mas que los trámites comentados en el punto anterior dedicado a la forma del CdH; y de manera especial, los elementos personales y los derechos y las obligaciones que derivan para ambas partes de la celebración del contrato, es decir, de las obligaciones que derivan para el hotelero y para el huésped, no sin antes mencionar y para entender mejor lo que a continuación se va a explicar, que éste contrato es un contrato bilateral perfecto, es decir, que para una parte (dueño de la hospedería) surgen una pluralidad de obligaciones que cumplir, independientemente que sean o no de la misma naturaleza, mientras que para la otra parte (huésped) principalmente la única obligación que deriva es la de abonar el precio acordado antes de la estipulación del contrato.

Entrando en materia respecto de los elementos personales, que como hemos remarcado es lo que más nos interesa en este apartado pues son los de más relevancia en la ejecución del CdH, el antiguo EOEATP establecía algunas de las obligaciones de las partes, pero esta norma fue derogada a raíz de la entrada en vigor de la Directiva

⁷⁴ SAP Málaga de 30 de julio de 2001, AC 2002, 328.

⁷⁵ STS de 20 de junio de 1995, RJ 1995, 4932.

⁷⁶ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 82.

⁷⁷ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 83.

2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior⁷⁸, que dio lugar a diferentes normas estatales con las que se venía a configurar un nuevo modelo de prestación de servicios en el ámbito del mercado interior, con la finalidad de facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y su libre circulación. Entre otras normas que surgieron de la citada directiva, el RD 39/2010 del que ya hablamos con anterioridad, en su artículo único 1. a), deroga el EOEATP, por lo que tras las competencias otorgadas a las CCAA tras las últimas reformas legislativas acudiremos principalmente a la LCAT 13/2002 y al Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, sobre establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico⁷⁹ para conocer cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes que celebran el CdH, pues así lo estipula el artículo 171 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁸⁰, que establece la competencia exclusiva la Generalitat de Cataluña en determinados casos, entre los que se encuentra el que referimos en su letra “d) *La regulación de los derechos y deberes específicos de los usuarios y prestadores de servicios turísticos y de los medios alternativos de resolución de conflictos.*”

2.3.1- *Derechos y obligaciones del hotelero*

Empezamos comentando las obligaciones del hotelero, que pueden ser muy distintas en función del punto de vista desde el que se analicen, es decir, podemos atender tanto por un lado a las obligaciones que surgen directa y efectivamente de la estipulación de un contrato con un particular, hasta la vertiente más pública de obligaciones para con la Administración y el cumplimiento de la normativa en este sentido. Nosotros nos centraremos esencialmente en la primera, pues es la que nos interesa y motiva para llevar a cabo la investigación que hemos decidido emprender, sin olvidar que en gran medida ésta viene condicionada por la segunda.

⁷⁸ DOUE 27 de diciembre de 2006, núm. 376, pp. 36 a 68.

⁷⁹ DOGC 5 de diciembre de 2012, núm. 6268, pp. 60793-60826.

⁸⁰ BOE 20 de julio de 2006, núm. 172, p. 27269.

Para empezar a conocer el régimen jurídico del hotelero, el artículo 33 de la LTC nos define qué es una empresa turística⁸¹, que son aquellas que se dedican profesionalmente y de manera retribuida a la prestación de servicios turísticos de alojamiento o mediación. Una vez conocido qué es una empresa turística ya pasamos al artículo 35 de dicha ley que, desde un punto de vista principalmente administrativo, recoge en sus seis puntos algunos derechos como por ejemplo ejercer libremente su actividad conforme la ley y normativa que le sea de aplicación; solicitar ayudas, subvenciones e incentivos económicos que otorguen las administraciones, etc... en este sentido nos encontramos ante una vertiente de derecho administrativo que, como ya se ha dicho, no nos interesa en exceso, pues nuestro objetivo es conocer el régimen jurídico del empresario hotelero respecto en el contrato de hospedaje y respecto al cliente, y no en su relación con la administración.

Ahora pues, respecto de las obligaciones que tiene el empresario hotelero establecidas por ley, el artículo 36 de la LTC las enumera en trece puntos, algunos de carácter más administrativo y otros relacionados más con el hospedaje en sí. En cuanto a estos últimos, destacamos la obligación de informar a los usuarios sobre las condiciones de prestación de los servicios que ofrecen, previamente a prestarlos, además de dar la máxima publicidad al precio de los mismos. Por otro lado, el empresario ha de ocuparse del buen funcionamiento de todas las instalaciones y de todos los servicios que ofrece el establecimiento, así como del mantenimiento de ambos. Además, el hotelero ha de cuidar de la seguridad, la comodidad, la tranquilidad y la intimidad de los usuarios, y asegurarse que reciben un buen trato por parte de todo el personal de la empresa. También habrá de facilitar a los usuarios la documentación preceptiva para formular reclamaciones, si así lo desearan. De lo expuesto, encontramos que este precepto encaja perfectamente dentro de la faceta de empresario que lleva un negocio abierto al público y quiere y tiene que cumplir con los requisitos primero, de la buena fe contractual en relación con la naturaleza de la actividad que desarrolla, y segundo con el mantenimiento del orden en su establecimiento y con unas reglas de convivencia básicas, siempre en busca de la protección de la seguridad jurídica y hasta física del cliente, además de velar por la comodidad de éste durante su estancia producto de un servicio contratado a un tercero, pero sin olvidar que el empresario también tiene

⁸¹ El hotelero es el empresario hotelero, por lo que tanto empresa turística como hotelero son conceptos relacionados entre sí y sinónimos en este caso, con la diferencia de que la ley utiliza el término “empresa turística” y nosotros utilizamos más el término “hotelero”, pero siempre para referirnos al mismo sujeto.

derechos, por lo que este precepto nos sirve para establecer un marco básico en las relaciones empresario-hotelero.

Por otro lado, el DCAT 159/2012 en su artículo 14 enumera también alguna de las obligaciones del hotelero, sin perjuicio de lo dispuesto en la LTC. Éstas son: encargarse del buen funcionamiento de todas las instalaciones y del buen trato a las personas usuarias por parte de todo el personal del establecimiento, así como velar por la buena convivencia entre personas usuarias; velar por el cumplimiento, en el supuesto de que existan, de las normas del reglamento de uso o de régimen interior de los establecimientos de alojamiento turístico a que se refiere el artículo 12⁸²; controlar las entradas y salidas de las personas usuarias; facilitar la información que soliciten las personas usuarias tanto en relación con el funcionamiento del establecimiento como de tipo turístico; y por último, velar por la seguridad del establecimiento. Para finalizar, si atendemos a la sección segunda "*Condiciones de la contratación*", dentro del capítulo primero "*Disposiciones generales*" del título primero "*Establecimientos de alojamiento turístico*", encontraremos también algunas obligaciones del hotelero respecto a las condiciones de contratación, como pueden ser los horarios de atención y apertura al público, obligaciones de publicidad y establecimiento, hojas de reclamación, etc... en definitiva, normas que aun yendo más allá de la estricta relación hotelero-huésped, también configuran de alguna manera la relación entre éstos.

Como podemos observar, tanto la LTC como el DEATVT vienen a configurar un marco similar en cuanto a las obligaciones del empresario con el cliente, pues la segunda norma viene a complementar a la primera después de que la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica⁸³ presentara algunas modificaciones en el ámbito del turismo, motivo por el que nace este decreto con el fin de dar respuesta a las nuevas necesidades y con el fin de unificar y concretar la legislación siguiendo las pautas de la nueva ley sin olvidar las ya existentes al respecto.

En resumen, todo lo comentado viene a dar cuerpo a las principales obligaciones que la ley le impone al empresario hotelero respecto de la otra parte contratante del CdH, y como vemos, la mayoría derivan de la buena fe contractual en relación a la naturaleza de la actividad prestada, pues como empresario que ofrece alojamiento como actividad

⁸² Relativo al derecho de acceso y permanencia, en complemento con el artículo 39 bis de la LCAT 13/2002 sobre derecho de acceso a los establecimientos de alojamiento turístico.

⁸³ DOGC 30 de diciembre de 2012, núm. 6035, pp. 66432-66482.

económica, el hotelero ha de velar por garantizar el goce y disfrute de los servicios que ofrece así como de su fácil acceso, además de proporcionar protección y una estancia pacífica en el establecimiento, pues se trata de los principales motivos por los que el cliente está dispuesto a formalizar un contrato de hospedaje con el hotelero que le ofrece unos servicios y le garantiza que podrá disfrutar de ellos sin ningún impedimento ni molestia.

En definitiva, y más allá de estas directrices básicas establecidas por el legislador, tanto las obligaciones que pueden derivarse para el empresario del hospedaje, como su esquematización, pueden establecerse en función de muy variados criterios y puntos de vista, por lo que no es nuestra intención imponer un criterio absoluto sino exponer nuestra posición más acorde según lo estudiado. En este sentido, podríamos agrupar las obligaciones del hotelero respecto de su cliente en tres grandes grupos si tenemos en cuenta la clasificación hecha por el catedrático BADENAS CARPIO⁸⁴:

- A) Obligaciones del hotelero relacionadas con el uso y disfrute de la habitación: encontramos en este apartado la principal obligación del hotelero, que es prestar el alojamiento y garantizar el pacífico uso y disfrute de la habitación, en las condiciones pactadas y suministrándole todos los efectos necesarios que así lo garanticen. De esta obligación principal derivan otras de accesorias e igual de importantes como son la limpieza y mantenimiento de las habitaciones, cambio de lencería, suministro de luz y agua, etc...
- B) Obligaciones del hotelero en relación con otros servicios: se trata de prestaciones complementarias al propio servicio de hospedaje en sentido estricto y sus prestaciones accesorias, es decir, se trata de prestaciones “extra” con el fin de mejorar el alojamiento, y que variarán en función de lo que el hotel decida ofrecer. Algunos ejemplos para aclarar este concepto que presentamos serían por ejemplo el servicio de gimnasio que pueda ofrecer el hotel, peluquería, guardería de niños, etc... en definitiva, servicios que no van incluidos en el sentido estricto de la obligación principal de hospedaje pero que pueden ofrecerse al cliente para proporcionarle una mejor experiencia.

⁸⁴ BADENAS CARPIO, Juan Manuel, *Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje*, en «Actualidad Civil», núm. 16, 2000, pp. 619-634.

C) Obligaciones de seguridad: entramos en un tema delicado que más adelante será estudiado en profundidad, ya que se trata de una de las principales motivaciones a la hora de decantarnos por este tema para nuestra investigación. En líneas generales, estas obligaciones abarcarían la obligación del hotelero de actuar con buena fe y con la diligencia exigida para garantizar la protección de los usuarios y sus respectivos bienes, lo que podría dar lugar a la siguiente sub-clasificación de la que no se entrará en detalles pues más adelante serán cada una estudiadas en profundidad y por separado:

- 1- Obligación de custodia de las cosas consignadas.
- 2- Obligación de protección de las cosas depositadas pero no consignadas.
- 3- Obligaciones de garantía de la seguridad del cliente.

2.3.2- *Derechos y obligaciones del cliente*

Para conocer cuáles son los derechos y obligaciones del cliente, como ya hicimos con el hotelero, primero habremos de conocer qué es un huésped. Así, la LTC define a los clientes de un hotel como *“son usuarios turísticos, o turistas, las personas físicas o jurídicas que piden o reciben, como destinatarias finales, cualquier servicio turístico”*. Por lo tanto, el cliente o huésped de un hotel es aquel que solicita un servicio de alojamiento en un establecimiento turístico como puede ser cualquiera de los que se dedica habitualmente a prestar alojamiento a quien lo pide y que van enumerados tanto en la LCAT 13/2002 como en el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, sobre establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico.

Primero de todo, entramos a conocer cuáles son los derechos de los usuarios turísticos que contratan un servicio de alojamiento en un establecimiento turístico, dando así lugar al nacimiento de un CdH. Tal y como establece el DEATVT, los derechos y obligaciones de los usuarios turísticos se recogen en los artículos 29, 30, 31 y 78 c) de la LCAT 13/2002, sin perjuicio de la normativa general de protección y defensa de las personas consumidoras y usuarias. Por lo tanto, atendiendo a la citada normativa, según el artículo 30 relativo a los derechos de los usuarios turísticos, éstos tienen derecho a recibir información objetiva, previa, exacta y completa sobre las condiciones de prestación de los servicios que se les ofrecen; recibir las prestaciones y los servicios turísticos en las condiciones ofrecidas o pactadas con la empresa o la persona

prestadora; tener garantizada su seguridad y la de sus bienes en los establecimientos y los servicios que utilicen, en los términos establecidos legalmente; tener garantizada la tranquilidad y la intimidad, de acuerdo con las características del establecimiento que utilicen y del entorno en el que se encuentren, etc... en definitiva, y entre otros derechos que no hace falta resaltar pues no son de excesivo interés y los encontramos en el citado artículo en caso de necesidad de consulta, estos son algunos de los derechos de los usuarios turísticos que no nos vienen de nuevo, pues tanto se relacionan con las obligaciones que tiene el hotelero como son aspectos del contrato de hospedaje a los que hemos hecho alusión en diversas ocasiones y que por tanto no nos presenta nueva información, pero sí nos deja constancia de la importancia de estas cuestiones de cara a celebrar el CdH con todos los requisitos de la ley y de la naturaleza de este contrato.

Por lo que respecta a las obligaciones, los huéspedes del hotel tienen la obligación de, primero, cumplir las condiciones pactadas en los términos de la contratación con los titulares de las empresas o los establecimientos turísticos, lo que obviamente incluye pagar el precio de los servicios turísticos en el lugar, la forma y el tiempo convenidos, lo que viene a ser la principal obligación del cliente. Además, ha de respetar los reglamentos de uso o de régimen interior, siempre que no sean contrarios a lo establecido en la ley y las disposiciones que la desarrollan, así como las normas generales de convivencia y de higiene; respetar los establecimientos, las instalaciones, los bienes y los servicios que las empresas turísticas pongan a su disposición; así como respetar también los valores ambientales, culturales o de otra clase de los recursos turísticos que utilicen o visiten. De nuevo aquí, nos encontramos ante obligaciones que no nos resultan nuevas pues además de haber sido comentadas en su mayoría, encajan totalmente con la diligencia con la que ha de actuar una de las partes contratantes del CdH, el cliente, que solicita alojamiento en un establecimiento en el que tendrá que cumplir con unas normas de convivencia básicas, en su mayoría ya establecidas tanto en la ley como en los diferentes reglamentos de régimen interior.

De entre todas las obligaciones que derivan del contrato del hospedaje para el huésped, hay una que sobresale respecto de las demás: la de pagar el precio acordado por el alojamiento, esta es la obligación principal del cliente, de la misma manera que la principal del hotelero, entre otras, es la de prestar el alojamiento. En caso de

incumplimiento del huésped de su obligación principal, podrían darse dos situaciones distintas:

- 1- El hotelero, como acreedor en esta situación, podría retener los bienes muebles que el huésped deudor tenga dentro del establecimiento como garantía de pago en virtud de lo que establece el artículo 1922.5 del CC: *“Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: 5.º Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.”*⁸⁵, ejercitando de esta manera un derecho de retención. De todos modos, y debido a la posible escasez del valor de éstos para hacer frente al cobro de las prestaciones realizadas, este mecanismo no resulta tan efectivo como otras opciones que pueden ser, por ejemplo, el desembolso previo de una cantidad como anticipo del precio. No obstante todo esto, deben matizarse algunos aspectos de vital importancia para acabar de comprender esta situación de incumplimiento por parte del huésped: primero, que esta vía tan sólo podrá seguirse para el cobro lo que es el alojamiento y la manutención exclusivamente, no para el resto de servicios complementarios prestados al huésped; segundo, que aquéllos bienes que ya hayan sido sacados del establecimiento no serán susceptibles de retención. Por último, y como se desprende del anteriormente citado precepto del CC, el hotelero podrá ejercitar el derecho de retención respecto los bienes muebles existentes en el establecimiento si existen pluralidad de acreedores, y además, si se ha probado judicialmente su insolvencia⁸⁶.
- 2- En reiteradas ocasiones, los tribunales han acordado responsabilidad penal por el impago del precio acordado por los servicios de alojamiento y manutención recibidos, así como por los demás contratados, a través de la calificación de un delito de estafa. Un buen ejemplo de ello es lo que dictamina el TS estableciendo que *«En la estafa de hospedaje se ve el engaño implícito en la apariencia de pagar que engendra el huésped, y si la esencia del engaño ha de buscarse en una actitud activa, lo que la doctrina denomina acción concluyente, no cabe duda de que en la estafa de hospedaje tal actitud se encuentra en la simulación de capacidad y disposición de pago que genera*

⁸⁵ BOE 25 de julio de 1889, núm. 206, p. 248

⁸⁶ PÉREZ MARTELL, R., y GÓNZALEZ CABRERA, I., *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid, 2008, Ed. La Ley, pp. 75-77.

quien acude a cumplimentar una solicitud de servicios manifiestamente onerosos, produciéndose engaño por parte de quien se encuentra imposibilitado de cumplir aquello que le incumbe y a lo que especifica, voluntaria y consecuentemente se obligó»⁸⁷.

2.4- Textos normativos en los que se ampara el contrato de hospedaje

El contrato de hospedaje es para nosotros un contrato atípico, es decir, no se encuentra regulado específicamente en nuestra legislación. No obstante, ello no quiere decir que el CdH no se encuentre contemplado en ella, sino que en lugar de tener una regulación específica encontramos en nuestras leyes diferentes normas que regulan algunos aspectos, con lo que, aun no estar contemplado el hospedaje como una figura típica, sí que encontramos diferentes normas que establecen un marco básico sobre esta figura contractual. En este punto, comentaremos algunos de los textos legales que dotan de contenido el CdH desde el punto de vista de la legislación civil, sin entrar a considerar temas administrativos u otras ramas que se alejen del marco de nuestra investigación, por lo tanto, recalcamos que el sector del turismo es muy amplio en nuestro país y no vamos a comentar todas las normas que lo regulan, sino únicamente aquellas que son útiles para nuestro estudio.

Antes de comentar las principales normas que regulan el objeto de nuestro estudio, nos gustaría aclarar dos cuestiones: la primera, que el presente apartado no tiene más intención que la de presentar estas normas para conocerlas mejor de cara a un posterior estudio, pues más adelante serán analizadas en profundidad; la segunda, que estas no son las únicas normas que completan el contrato de hospedaje, pues a lo largo del ordenamiento encontramos diferentes normas en las que algunos preceptos se refieren directamente al hospedaje o, simplemente regulan cuestiones que, aun no refiriéndose al hospedaje de manera directa, se pueden aplicar de manera analógica al CdH⁸⁸. De esta manera, aquí presentamos algunas de las normas que más influencia tienen en el contrato de hospedaje y en el objeto de nuestro estudio, especialmente la responsabilidad del hotelero.

⁸⁷ STS de 2 de abril de 1981, RJ 1981/1505.

⁸⁸ Como pueden ser normas de contratos de servicios.

2.4.1- Regulación en el Código Civil

El Código Civil hace referencia a algunos aspectos del hospedaje, y aunque como ya hemos comentado nos encontramos ante un contrato que no goza de gran regulación legal y en el que la doctrina y jurisprudencia acaban de llenar de contenido. De todos modos, sí que es cierto que el CC establece algunas bases por las que se desarrolla posteriormente el hospedaje especialmente en la regulación más específica de la industria hotelera y el Derecho mercantil. De esta manera, en este punto nos enfocaremos a presentar, de manera general, puesto que más adelante serán comentados en profundidad, los diferentes preceptos del CC que contemplan algunas cuestiones relativas al hospedaje y nos ayudan a delimitar un poco más su contenido.

Preceptos 1783-1784: responsabilidad del posadero respecto los bienes introducidos por los viajeros en las fondas y mesones

Estos dos preceptos son los de mayor relevancia respecto del CdH en el CC y tratan uno de los temas que más nos interesan para nuestra investigación: la responsabilidad que puede nacer para el “fondista o mesonero” tal y como dice el 1783 CC respecto de “los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones”.

Con depósito necesario, el primer precepto se refiere a la introducción de cosas en un alojamiento, en este caso fondas y mesones (hoy en día más apropiado hostales u hoteles). La asimilación de tal forma de depósito tiene su origen en POTHIER, ya que la calificación como depósito necesario permitía al viajero probar, por todos los medios a su alcance y cualquiera que fuera el importe de lo depositado, la existencia del mismo⁸⁹, pero realmente, como veremos más adelante y así lo defiende gran parte de la doctrina que estudia este contrato y la jurisprudencia, ni es depósito (porque no se ha celebrado en ningún momento tal contrato), ni se le impone una verdadera responsabilidad al titular del alojamiento más allá de los daños o pérdida de las cosas que el huésped haya introducido por la actuación de los trabajadores o de terceros, siempre que estos daños o

⁸⁹ MARTÍN SANTISTEBAN, S., *Comentario a los artículos 1758-1789*, en «Código Civil Comentado», Volumen IV, dir. por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Pamplona, 2011, Ed. Civitas, p. 968.

pérdida no sea causa de un robo a mano armada o suceso de fuerza mayor, tal y como afirma el segundo precepto. Para que se dé esta responsabilidad es necesario que concurren dos requisitos: primero, que el huésped dé conocimiento de la introducción de las cosas al titular del alojamiento o sus dependientes; segundo, que observe las prevenciones que le hayan hecho sobre su cuidado y vigilancia.

A todo esto, caben mencionar una serie de excepciones: el mesonero tan sólo se hará responsable cuando se trate de efectos introducidos por el viajero, y no por amigos o visitantes; cuando media culpa o negligencia del propio viajero; cuando el daño proviene de las personas a las que acompaña el viajero; o cuando el daño proviene del vicio o naturaleza de la cosa⁹⁰.

Precepto 1922.5: sobre el crédito preferente del hostelero

Artículo 1922.5

“Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia:

5.º Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.”

Este precepto parece tener origen en la intención de favorecer a personas que, por la propia naturaleza de su actividad, se ven obligadas a contratar con personas para ellas desconocidas o de solvencia dudosa o ignorada, por lo que los bienes introducidos por los viajeros en el establecimiento constituyen la única base efectiva de solvencia del deudor⁹¹, lo que supone una contrapartida al hecho de que el hotelero muchas veces acoge a viajeros de los que no tiene conocimiento de cuál es su situación de solvencia⁹². Recae sobre los bienes del deudor que existan en la posada, es decir, según la redacción literal del CC *“sobre los muebles del deudor existentes en la posada”* se entiende aquellos depositados en hoteles, hostales y demás supuestos donde se presta un

⁹⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Comentarios al Código Civil*, 6 ed., Madrid, 2008, Ed. La Ley, p. 1845.

⁹¹ HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Comentarios a los artículos 1661-1789*, en «Comentario del Código Civil», vol. 8, 2. ed., coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2006, Ed. Bosch, p. 421.

⁹² LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil II*, Barcelona, 1993, Ed. JM Bosch editor, p. 289.

alojamiento profesional⁹³, eso sí, la preferencia del crédito se limita a la actividad de hospedaje y no se extiende a cualesquiera otra actividad turística o prestación que no esté directamente vinculada con el hospedaje, aunque sí se incluyen los servicios accesorios que puede prestar el hotelero como por ejemplo restaurantes o garajes⁹⁴ (aquí entraríamos en un debate sobre si tan sólo se incluye el alojamiento y su mantenimiento o también los accesorios, pues la doctrina está dividida en este sentido. Nosotros somos proclives a considerar que no sólo se incluye el alojamiento en sí, sino otros servicios prestados por el hotelero pero siempre dentro del CdH). Están sujetos al privilegio todos los bienes del deudor, que han de ser de su propiedad, independientemente de que fueran introducidos en la posada inicialmente o se introdujeran después⁹⁵. Además, la responsabilidad ha de nacer exclusivamente del contrato de hospedaje, dando así lugar a un derecho de retención de los bienes por parte del hospedero, que ha de ser una persona que se dedique profesionalmente al hospedaje pues en caso contrario no podrá ejercer este derecho de retención⁹⁶. Obviamente, este derecho de retención desaparece cuando los efectos hayan salido del establecimiento⁹⁷.

Precepto 1967.4: Prescripción para el cumplimiento de la obligación con el posadero

Artículo 1967.4

“Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

4.ª La de abonar a los posaderos la comida y habitación, y a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico.”

⁹³ PLAZA PENADÉS, Javier, *Comentario a los artículos 1921-1929*, en «Código Civil Comentado», Volumen IV, dir. por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Pamplona, 2011, Ed. Civitas, p. 1529..

⁹⁴ PLAZA PENADÉS, *Comentario a los artículos 1921-1929*, p. 1529.

⁹⁵ DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Comentario a los artículos 1760-1789*, en «Comentarios al Código Civil», Tomo IX, dir. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2013, Ed. Tirant lo Blanch, p. 13081.

⁹⁶ DÍEZ SOTO, *Comentario a los artículos 1760-1789*, p. 13081.

⁹⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2006, Ed. La Ley, p. 2035.

Dado el anticuado lenguaje de 1889, actualmente por “posaderos” y “habitación” debemos entender hoy los servicios de hotelería y alojamiento y por “comida” los de restauración⁹⁸. La interpretación lleva a pensar que no sólo se incluyen las deudas por el propio alojamiento sino que además, también están comprendidos los créditos relativos a prestaciones accesorias ofrecidas como consecuencia del contrato principal como, a parte de la comida, podrían ser la telefonía, lavandería, etc... Así lo afirma también Escudero cuando dice que *“esta prescripción se refiere a los créditos resultantes del conjunto de servicios y prestaciones que se hayan proporcionado al cliente en hoteles, hostales, etc... servicios de restauración, habitación, y complementarios (peluquería, lavandería, etc...), como otro tipo de servicios que pueden pactarse en la relación jurídica y que entran a formar parte de los servicios proporcionados en la actualidad por estos establecimientos [...] en definitiva, numerosos servicios complementarios de atención al cliente, conforme al contrato pactado.”*⁹⁹.

Esto refuerza nuestra postura defendida anteriormente respecto si tan sólo se consideraban créditos relativos al hospedaje el alojamiento y el mantenimiento, o también los servicios accesorios que se prestan dentro del marco del CdH. Nos parece lógico defender esta segunda postura, pues, si bien es cierto que por ejemplo el servicio de garaje no está relacionado propiamente con la prestación principal del contrato que es el alojamiento, sí es cierto que sin alojamiento no habría servicio de garaje y por lo tanto vemos necesario incluirlo todo dentro de la misma responsabilidad.

2.4.2- Orden Ministerial de 19/7/1968 sobre clasificación de los establecimientos hoteleros

La Orden Ministerial 19/7/1968 sobre clasificación de los establecimientos hoteleros¹⁰⁰ fue dictada en un momento de nuestra historia en que el sector del turismo empezaba a cobrar importancia en la economía española debido, en gran parte, al aperturismo de los últimos años del franquismo, lo que conllevó un aumento en la afluencia de turistas que veían España como un país abierto al cambio y a la modernización y que gozaba de excelentes condiciones para pasar unos días de descanso y conocer la amplísima oferta

⁹⁸ MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel, *Comentario al artículo 1967*, en «Código Civil Comentado», Volumen IV, dir. por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Pamplona, 2011, Ed. Civitas, p. 1665.

⁹⁹ PLAZA PENADÉS, *Comentario a los artículos 1921-1929*, p. 1529.

¹⁰⁰ BOE 7 de agosto de 1968, núm. 189, págs. 11687 a 11700.

turística y cultural que nuestro país ofrece. En esta dirección, el gobierno de aquel momento se vio obligado a ordenar jurídicamente este sector que con el tiempo se ha convertido en uno de los motores de la economía española, y una muestra de ello es esta OM que regula diferentes aspectos del sector hotelero. No comentaremos toda la disposición, pues gran parte no se relaciona con el tema de nuestra investigación, pero sí encontramos algunos preceptos que nos serán de utilidad para conocer mejor algunos aspectos de este CdH que anhelamos conocer en profundidad.

Para concluir, cabe destacar que esta norma fue complementada por el R.D. 1634/1983 de 15 de junio, por el que se establecen las normas de clasificación de los establecimientos hoteleros¹⁰¹, que perseguía el objetivo de asegurar la necesaria homogeneidad en el Estado con el fin de clarificar la oferta hotelera y simplificar al máximo las normas genéricas de clasificación, pero que por su contenido no se erigió como una norma que cambiara radicalmente el sistema de clasificación hotelera, sino tan solo complementó y clarificó algunos aspectos. Este RD siguió vigente hasta el 5 de febrero de 2010, cuando entró en aplicación el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio¹⁰². En este RD se faculta a las CCAA para que sean ellas las que regulen los apartados del sector turístico de su territorio conforme a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior¹⁰³, e incorporada al ordenamiento interno mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio¹⁰⁴, a la que ha seguido la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio¹⁰⁵.

A pesar de todo esto, algunos aspectos de la OM del 68 siguen aplicándose, pero como hemos podido observar, el Estado ha ido perdiendo poder en la regulación del hospedaje en pro de un aumento de las competencias de las autonomías en este sector, pues cada una regula el sector del turismo en función de sus intereses y circunstancias, hecho

¹⁰¹ BOE 17 de junio de 1983, núm. 144, pp. 17008 a 17011.

¹⁰² BOE 4 de febrero de 2010, núm. 30, pp. 9808 a 9809.

¹⁰³ DOUE 27 de diciembre de 2006, núm. 376, pp. 36 a 68.

¹⁰⁴ BOE 24 de noviembre de 2009, núm. 283, pp. 99570 a 99593.

¹⁰⁵ BOE 23 de diciembre de 2009, núm. 308, pp. 108507 a 108578.

comprensible si se tiene en cuenta que no en todas las autonomías el turismo tiene el mismo peso tanto económico como social ni los mismos recursos que explotar.

2.4.3- Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña

La Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, nace a raíz de la nueva organización política y territorial que arranca con la Constitución del 78, y que permite que las nuevas CCAA gocen de competencias para regular determinados ámbitos de su política social y económica, entre ellos el turismo, pues así lo estableció el Real Decreto 2115/1978, de 26 de julio, Transferencia de competencias de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Interior, Turismo, Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas y Transportes¹⁰⁶ en su sección segunda del capítulo primero, como respuesta a la nueva carta magna que perfilaba un sistema basado en el reparto de competencias entre las autonomías y el Estado. Esta Ley de Turismo recoge las directrices y recomendaciones tanto internacionales como comunitarias en esta materia, centrándose principalmente en los usuarios turísticos y sus derechos así como de las empresas turísticas, que son los puntos en los que más nos centraremos para nuestro trabajo, pero que no son los únicos ámbitos que regula esta ley que, en su conjunto, se presenta como uno de los pilares básicos en la configuración de la industria turística de nuestra CCAA

2.4.4- Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, sobre establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico

Este Decreto de la Generalitat de Catalunya nace como respuesta a las necesidades que presenta la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica¹⁰⁷, que ha traído consigo cambios importantes en la regulación de las empresas y actividades turísticas, lo que ha tenido como consecuencia la modificación de dos leyes fundamentales en la ordenación jurídica de esta materia: la Ley 13/2002, de turismo de Cataluña, y la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda¹⁰⁸. Tal modificación, obliga no sólo a redefinir y a ordenar algunos aspectos de la normativa,

¹⁰⁶ BOE 19 de octubre de 1978, núm. 250, p. 24118.

¹⁰⁷ DOGC 30 de diciembre de 2012, núm. 6035, pp. 66432-66482.

¹⁰⁸ DOGC 9 de enero de 2008, núm. 5044, pp. 1609-1689.

sino que se regulan en un único texto los establecimientos de alojamiento turístico y las viviendas de uso turístico, con el fin de posibilitar una mejor interpretación y una mejor definición del marco jurídico de ambas actividades que se regulan en dos títulos diferentes (primero y segundo respectivamente). En el primero, relativo a los establecimientos de alojamiento turístico, se regula tanto el marco jurídico básico en el primer capítulo como se detallan en el segundo las diferentes modalidades de alojamiento turístico con sus singularidades, completando así la regulación que en este sentido había llevado a cabo la LTC diez años antes.

2.4.5- *Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña*¹⁰⁹

El artículo 123 del EAC atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de consumo, dando un paso más hacia adelante después de que el anterior estatuto de 1979 otorgara algunas competencias en materia de protección de las personas consumidoras y usuarias, que es la parte que más nos interesa del texto para nuestra investigación, pero sin dar ese plus de exclusividad con el que cuenta actualmente. El Código de Consumo, en vigor desde el año 2010, deroga la anterior ley en la materia, la Ley núm. 3/1993, de 5 de marzo, de Consumo de Cataluña¹¹⁰, que ha servido de inspiración junto a diferentes directivas europeas que afectan al sector del consumo y el mercado interior¹¹¹, dando lugar a una ley mucho prolífera y eficaz en cuanto a sus objetivos, por cuanto dispone de suficientes recursos dada la competencia exclusiva de la que goza la Generalitat actualmente en la materia para articular un texto armonizado que dé respuestas a las necesidades que se presentan en el actual tráfico jurídico, cada vez más complejo en este y en otros muchos ámbitos de nuestra realidad social y jurídica. En resumen, la presente Ley tiene por objeto garantizar la defensa y la protección de los derechos de las personas consumidoras y establecer, en el ámbito territorial de Cataluña, los principios y normas que deben regirlas para mejorar la calidad de vida de las personas consumidoras.

¹⁰⁹ DOGC 23 de julio de 2010, núm. 5677, p. 54862.

¹¹⁰ DOGC 12 de marzo de 1993, núm. 1719, p. 1754.

¹¹¹ Como por ejemplo la Directiva 2005/29/CE (LCEur 2005, 1143), sobre las prácticas comerciales desleales de las empresas en su relación con los consumidores, y la Directiva 2006/123/CE (LCEur 2006, 3520), relativa a los servicios en el mercado interior.

2.4.6- Convención de París de 1962 sobre la responsabilidad de los hoteleros

En este último apartado de la segunda parte de nuestra investigación, consideramos relevante hacer mención a la convención firmada el 17 de diciembre de 1962 en París, con el nombre de “*Convention on the Liability of Hotel-keepers concerning the Property of their Guests*”, que entró en vigor el 15 de febrero de 1967. El Consejo de Europa, en su voluntad de configurar un espacio político y jurídico común entre sus miembros, dio lugar en este caso a la Convención de París sobre responsabilidad del hotelero, que nace con el espíritu de armonizar ciertas normas en cuanto a la responsabilidad del hotelero por los objetos propiedad de los viajeros, pues en 1962 nos encontrábamos en un momento de la historia en que el turismo comenzaba a configurarse tal y como lo conocemos hoy en día, y empezaba a alzarse como uno de los motores económicos y sociales de la UE, por lo que el constante tráfico de ciudadanos comunitarios entre los diferentes EEMM suscitaba la necesidad de elaborar una regulación uniforme entre éstos de cara a garantizar los mismos derechos, creando así un marco de igualdad entre Estados y dotando de seguridad jurídica el tráfico turístico.

Aunque presentemos esta Convención como una norma que regula el CdH, España aún no se ha adherido y por lo tanto no le es aplicable, por lo que siguen siendo de aplicación para los casos de responsabilidad del hotelero principalmente los clásicos preceptos 1783 y 1784 del CC, una regulación ciertamente escasa y desfasada para los tiempos que corren y la ya comentada importancia del turismo en la economía española. Así pues, a diferencia de España, los países firmantes del Convenio han recogido en su legislación interna las directrices establecidas por la convención. De todos modos, y a pesar de que España, aun participando en los trabajos de elaboración, no se ha adherido al Convenio, según JORDANO FRAGA¹¹², “*por una serie de circunstancias y, además, el hecho de que los clientes provenientes del ámbito europeo uniforme alcanzan dimensiones de tanta consideración, hacen previsible que, en un plazo más o menos breve, también nuestro país se acoja a dicho modelo*”, y, para finalizar, añade que “*no está de más el conocimiento en sus líneas generales de cómo se regula, con arreglo a las exigencias modernas, la responsabilidad de los hoteleros y establecimientos*

¹¹² JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, Ed. S.L. Civitas ediciones, p. 524.

asimilados, porque estas exigencias, por la vía o no del convenio, se acabarán también imponiendo en España, más tarde o más temprano”.

Una vez comentada la posición de España respecto el Convenio pasamos a analizar sus 7 preceptos de cara a conocer mejor cuáles son las directrices que pretenden seguir nuestros socios europeos en cuanto a la responsabilidad del hotelero y cuáles son las similitudes y diferencias con el sistema español.

El primer artículo de la citada Convención hace referencia a la custodia indirecta. En este punto es imprescindible destacar que la normativa europea hace un gran avance en este sentido al diferenciar los conceptos custodia directa-indirecta¹¹³, cuestión sobre la que nuestro ordenamiento aún no se ha pronunciado y que nosotros consideramos clave para entender la responsabilidad del hotelero. Volviendo a la Convención, ésta en su primer artículo nos dice que el hostelerero en los casos de custodia indirecta responde limitadamente por el daño, destrucción o pérdida sufrida de las cosas introducidas por el cliente en el hotel. En cuanto a la cantidad máxima por la que puede responder el hotelero en los casos de custodia indirecta, la presente convención nos dice que cada Estado podrá establecer la cantidad con la que debe responder el hostelerero al adaptar su legislación al contenido de la CdP, o mediante pacto entre las partes, pero en ningún caso podrá superar de los 3000 francos señalados en el texto, lo que actualmente serían unos 450€ aproximadamente. En España, al no haber regulación al respecto, no encontramos ninguna cantidad que se establezca como límite a la hora de exigir responsabilidad al hotelero. El segundo punto del primer artículo nos habla, primeramente, de qué se debe entender por “cosas portadas” por los clientes, precisando que éstas serán aquellas cosas introducidas en el hotel y que se encuentran en el mismo durante el tiempo que el viajero dispone del alojamiento. Más adelante, se extiende la responsabilidad a los objetos que el hostelerero o sus auxiliares asuman bajo su vigilancia fuera del hotel durante el tiempo que dura el alojamiento. Finalmente, se matiza que el hostelerero será responsable de lo asumido bajo su vigilancia, dentro o fuera del establecimiento, durante un plazo razonable al anterior o posterior al tiempo que dura el alojamiento.

El segundo artículo se refiere a los supuestos de custodia directa, excluyendo en este caso al hotelero de la obligación de asumir la custodia o el depósito efectivo de una

¹¹³ Conceptos que serán tratados en el tercer punto de nuestro trabajo con gran precisión, pues son elementos clave a la hora de determinar la responsabilidad del hotelero y su naturaleza

serie de bienes de excesivo valía, como pueden ser las cartas de valor, el dinero efectivo y otros objetos valiosos. Esto se diferencia de la normativa española, en la que la Orden Ministerial sobre clasificación de los establecimientos hoteleros recoge en su artículo 78.1 la obligación de los hoteleros de hacerse cargo de los objetos de valor que porte el cliente, bajo responsabilidad de las condiciones fijadas en los arts. 1783-1784 CC. En los casos de custodia directa, la responsabilidad por los daños, destrucción o pérdida de los objetos será ilimitada, también así cuando el hotelero injustificadamente se niegue a recibirlos para su custodia. Por razones justificadas para no asumir la custodia, se consideran aquellos casos en que los objetos sean peligrosos o de un valor excesivo en relación a las características del establecimiento, y por último, se establece que puede exigirse en algunos casos que los objetos que el cliente entrega al hotelero estén debidamente cerrados o precintados.

Por lo que respecta al tercer artículo de la Convención, se recogen algunos supuestos que pueden eximir de responsabilidad del hotelero. Concretamente, se refiere primeramente al caso en que los daños sean causados por culpa del cliente y sus acompañantes o visitantes; en segundo caso, por fuerza mayor; y por último, aquellos objetos cuya naturaleza conlleve un deterioro. En los tres casos, cesará la responsabilidad del hotelero independientemente de que ésta derive de una custodia directa o indirecta. Por lo que respecta a la normativa española, en el artículo 1784 CC encontramos las causas de exoneración de la responsabilidad del hotelero, entre las que sí se contemplan los casos de fuerza mayor pero no los otros dos, aunque por la naturaleza de los hechos se da por supuesto, además de que el 1783 CC exige para el nacimiento de la responsabilidad en el hotelero *“que los viajeros, por su parte, observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos.”*, por lo que si los clientes omiten esta precaución entonces pasarían a ser ellos los responsables de la pérdida o daño en sus objetos personales o propiedades. Así lo defiende por ejemplo la AP de Málaga cuando en una de sus sentencias argumenta que *“por lo que queda manifiestamente claro que la exoneración de responsabilidad de hoteleros, fondistas o mesoneros no queda limitada única y exclusivamente, a los casos de «fuerza mayor» o «robo a mano armada» que contempla el artículo 1784 del Código Civil, sino también a aquellos otros en los que los viajeros no cumplan la obligación que la norma comentada les impone -observar las prevenciones que se les impongan en el cuidado y vigilancia de los efectos*

introducidos”¹¹⁴. Por otro lado, cuando la Convención se refiere a los objetos cuya naturaleza conlleve un deterioro aunque la normativa española no lo establezca por ningún lado parece lógico que se lleve a cabo dicha fórmula, y así lo apoya la doctrina cuando por ejemplo MARLASCA dice que «*si la cosa se pierde por vicio propio de las cosas introducidas, el hostelero no queda obligado a responder*»¹¹⁵, de manera que parece lógico que se excluya el deber de indemnizar “si el daño se produce por el carácter o naturaleza de la cosa”¹¹⁶.

El cuarto artículo vuelve a hacer referencia a la cuantía por la que debe responder el hotelero, y en este caso establece que la responsabilidad de éste será ilimitada cuando medie dolo o culpa por su parte o por la de sus trabajadores o dependientes. Aunque como ya comentamos anteriormente la legislación española no hace referencia a cantidades mínimas o máximas de responsabilidad, consideramos lógico y adecuado que en casos en los que medie negligencia por parte del hostelero la cuantía no esté limitada y la acción de responsabilidad goce de eficacia máxima de cara a evitar que se produzcan situaciones similares en un futuro.

El artículo cinco impone al cliente la obligación de comunicar cualquier siniestro que pudiese acontecer al responsable del hotel, pues en caso contrario perdería el derecho a exigir cualquier responsabilidad respecto el daño o pérdida que pudieran haber sufrido sus pertenencias, eso sí, siempre que este daño o pérdida no provenga de una actuación culposa del hotelero o sus dependientes. Este artículo es similar al 1783 CC cuando impone que para el nacimiento de la responsabilidad “*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*”, pero el objeto de la comunicación es diferente pues en la CdP se requiere que se comunique el siniestro que puedan haber sufrido los bienes, mientras que en el CC se requiere la comunicación de los bienes del cliente que este haya introducido en el hotel, independientemente de que hayan podido sufrir cualquier altercado, para que pueda ser efectivo el nacimiento de responsabilidad en el hotelero en caso de daño o pérdida. El plazo de comunicación al hostelero para poder ejercitar las correspondientes acciones de

¹¹⁴ SAP Málaga de 22 de septiembre de 1998, AC 1998/1773.

¹¹⁵ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 109.

¹¹⁶ ENNECCERUS, Ludwig, *Tratado de Derecho Civil: Derecho de obligaciones*, vol. II, segunda parte, Barcelona, 1966, Ed. Bosch, p. 666.

responsabilidad resulta indeterminado en la Convención, estableciendo “en un plazo razonable de tiempo” desde que se tuviera conocimiento del daño, mientras que en nuestra legislación sería un plazo de 5 años siguiendo el art. 1964.2 CC “*Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. [...]*”.

El sexto artículo establece el carácter imperativo de las normas reguladoras de la responsabilidad del hotelero, esto es, pretende dejar sin efecto tanto las declaraciones unilaterales del hostelero de no hacerse responsable o limitar su responsabilidad en aquellos casos que puedan derivar en ésta, así como también los acuerdos a los que pueda llegar con el cliente a tal efecto. Como similitud encontramos en la legislación española el artículo 78.3 de la OM 68, que en su punto 3 dice que el hotelero no se hará responsable de los objetos de valor que no le sean entregados. No es un pacto estrictamente, pero sí que el hotelero está haciendo una declaración unilateral de exención de su responsabilidad en caso de que no le entreguen los bienes de valor que consigo lleve el huésped. Más allá de este caso en concreto, no encontramos ningún precepto en ninguna norma española permita eximir al hotelero de la responsabilidad que le afecte mediante declaración o pacto.

Y por último, el séptimo artículo de la CdP excluye de la responsabilidad de los hosteleros aquellos daños relacionados con automóviles y los objetos que se encuentren dentro, así como de los animales vivos que consigo traigan los clientes. Este precepto se encuentra en divergencia con la normativa española, en tanto en nuestro sistema sí se reconoce la responsabilidad del hostelero por los daños que puedan surgir los automóviles de los clientes, que se consideran como un efecto más de los introducidos por el huésped en el establecimiento y que quedan englobados dentro del régimen de responsabilidad de los arts. 1783-1784. Otro caso distinto será si se celebra un contrato de aparcamiento a parte del de hospedaje, una cuestión que abordaremos en su momento, pero de la que ya adelantamos que su solución será muy similar a la recientemente comentado en tanto también dará lugar, por lo general, a la responsabilidad del hostelero si el automóvil sufre algún desperfecto durante la celebración del contrato. Respecto del segundo caso, relativo a la responsabilidad del hotelero respecto de los animales que consigo traigan sus clientes al establecimiento, la normativa española sí contempla la posibilidad de que el hostelero responda por los daños que causen los animales, permitiendo que la responsabilidad concurra con la del

cliente poseedor del animal por el artículo 1905 CC, como estudiaremos en profundidad más adelante. Por lo tanto, encontramos en este séptimo artículo otra diferencia más entre el sistema de responsabilidad planteado en la Convención de París y el sistema de responsabilidad contemplado en la legislación española.

En definitiva, una vez llegado a este punto y tras comentar los artículos de la Convención de París de 1962 sobre la responsabilidad del hotelero y comparado con la legislación española, podemos afirmar que pese a no haber firmado España este tratado y que por lo tanto no le es de aplicación, ambos sistemas no distan mucho el uno del otro, y pese a que cada uno hace ciertos matices en diferentes aspectos, las directrices básicas del sistema de responsabilidad vienen a ser similares. A pesar de todo ello, consideramos que la legislación española, considerablemente pobre en cuanto a la regulación del sector del hospedaje y más concretamente en el ámbito de la responsabilidad, debería firmar el CdP por dos motivos principales: primero, y para hacer valer los principios de la UE con los que tan identificados nos sentimos ya desde antes de entrar a formar parte de la comunidad, intentar establecer la máxima armonía posible en cuanto a la legislación y realidad social entre todos los socios europeos; y segundo, porque el sistema de dualidad custodia directa-indirecta así como sus posibles límites nos llevaría a concretar mucho más los diferentes supuestos de responsabilidad del hotelero y así garantizar una mayor seguridad jurídica tanto al empresario como al usuario, además de facilitar la tarea a todos aquellos estudiosos que nos interesa conocer y comprender al máximo todos los resquicios del contrato de hospedaje y sus particularidades.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL HOSTELERO POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS EN EL ESTABLECIMIENTO

3.1- Introducción

La responsabilidad es un elemento que siempre ha acompañado al hospedaje, puesto que un huésped siempre lleva consigo alguna pertenencia que al ser depositada en el establecimiento puede ser susceptible de daño o pérdida, y en algunos casos puede derivar en responsabilidad del hostelero. Por lo tanto, esta es una cuestión que no puede ser obviada por el legislador y así ha sido, como hemos visto ya anteriormente, que desde las primeras regulaciones del sector del hospedaje en tiempos de los romanos hasta la actualidad, el tema de la responsabilidad del hostelero sobre el daño o pérdida de los efectos introducidos en el establecimiento ha sido objeto de consideración por el legislador. En este capítulo de nuestra investigación abordaremos los elementos que configuran esta responsabilidad y en qué situaciones el hostelero es responsable por los efectos introducidos en su establecimiento.

3.2- La responsabilidad civil

Antes de estudiar la responsabilidad del hotelero por los efectos introducidos en el establecimiento por los viajeros tenemos que conocer qué es la responsabilidad civil. Por lo tanto, en este apartado mostraremos algunas pinceladas que nos ayudarán a comprender mejor tanto la RC como sus elementos, características, situaciones en las que se produce, etc... en definitiva, presentaremos sus elementos esenciales para que, en adelante, nos ubiquemos sin problemas en la situación cuando tratemos la responsabilidad del hotelero en sus diferentes formas.

3.2.1- De la responsabilidad civil y el Derecho de Daños

La RC se engloba dentro del Derecho de Daños, que podría decirse a grandes rasgos que es un modo de denominar a las normas jurídicas que disciplinan la reparación de un daño causado por un sujeto a otro, por lo tanto, puede decirse que el objetivo del DD es

resolver la distribución de los daños, la responsabilidad generada y la indemnización pertinente. Esta responsabilidad nace por el daño causado por el incumplimiento de una obligación, que según el 1088 CC puede ser de dar, hacer o no hacer, y éstas nacen de la ley, los contratos y los cuasicontratos, así como de actos u omisiones ilícitas o que intervenga dolo o culpa (1089 CC) y con ello se cause un daño a otro susceptible de reparación.

El DD tiene tres grandes funciones¹¹⁷, que son las siguientes:

- Compensatoria: se trata de la principal función del DD, que es la de indemnizar a la víctima por los daños ocasionados por la conducta de otro. En esta función compensatoria cobra especial importancia el principio *restitutio in integrum*¹¹⁸, que quiere decir que se tiene que indemnizar a la víctima por los daños causados, ni por más porque se estaría produciendo un enriquecimiento injusto, ni por menos pues se estarían vulnerando sus derechos y este principio. Para asegurar el total cumplimiento de esta máxima se sigue la fórmula empleada por el 1066 CC: el lucro cesante y el daño emergente (*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.*).
- Preventiva: como su propio nombre indica se trata de evitar la causación del daño. Hay casos, como por ejemplo en los daños de imagen, que puede resultar más lucrativo el hecho de cometer el daño y luego resarcir al perjudicado que no provocarlo. Esta función se centra por lo tanto en un punto de vista principalmente económico y pretende crear un equilibrio entre lo que cuesta prevenir el daño y el beneficio que se obtiene con la precaución, por lo tanto, pretende inducir una buena conducta en aquellos que ven lucrativo emplear una mala conducta para beneficiarse económicamente. En este caso no se causa un daño directamente, sino que lo que se pretende es que ese daño no llegue a

¹¹⁷ No hay una norma general establecida, y cada autor podrá delimitar las funciones del Derecho de Daños de una manera u otra en función de su criterio, pero siempre siguiendo un patrón general puesto que el DD es lo que es. Nosotros nos decantamos por las estudiadas en la asignatura DRET DE DANYS impartida en nuestra facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili

¹¹⁸ Latinismo que significa “reparación íntegra” en relación con el daño ocasionado, con el fin de que el perjudicado sea restituido a la situación anterior a la producción del hecho que dio lugar al daño.

producirse. Ej: *“condena a Ayuntamiento a indemnizar a un vecino con 1.500 € por cada día que dura la “motorada” que tiene lugar con ocasión del Gran premio de España de Motociclismo. Posición de garante de la Administración frente a ruidos y molestias de una concentración que la Administración tolera. No hay fuerza mayor si el hecho es previsible y evitable. Funcionamiento anormal de la Administración.”*¹¹⁹. Este ejemplo viene a reflejar el objetivo de esta función preventiva: se condena al Ayuntamiento a pagarle 1.500 € al vecino que le molesta el sonido de las motos con el fin de que se cese la conducta para evitar que el constante ruido no pueda producirle consecuencias negativas en su salud física o mental. Se busca un equilibrio entre lo que cuesta la prevención (1500 €) y lo que costaría el posible reparo (la sanción que tendría que afrontar el Ayuntamiento si le causa daños demostrables al vecino sería mucho mayor que esos 1.500 € durante 3 o 4 días). Por lo tanto, a parte de promover una conducta social adecuada, esta función persigue, además de evitar un daño a un ciudadano, establecer un equilibrio entre el coste de la prevención y el coste de la reparación de un hipotético daño.

- Sancionadora: esta función es un tanto polémica pues gran parte de la doctrina no la reconoce. Y esto es porque la función del DD no es sancionar, sino indemnizar al afectado por el daño causado a su persona o bienes con tal de repararlo. De todos modos, si la conducta es constitutiva de delito, se impondrá un castigo o pena, o si es objeto de sanción por el Derecho Administrativo se le impondrá una sanción administrativa, pero queremos recalcar que el castigo del culpable no es el objetivo de la relación obligatoria que nace entre el causante del daño y la víctima. En nuestro ordenamiento no se presenta esta figura con carácter general, aunque en ocasiones sí que se admite una mayor indemnización en caso de conductas particularmente graves e intolerables, y que suelen generar daños morales. Un ejemplo de esta función sancionadora se encontraría en el artículo 9.2 d) de la LO 1/82 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor¹²⁰, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen *“La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.”*

¹¹⁹ SJCA nº 2 Cádiz 27.12.2007 (JUR 2008\96343)

¹²⁰ BOE 14 de mayo de 1982, núm. 115, pág. 12548

Existen, en especial en el derecho norteamericano, los llamados “punitive damages”¹²¹. Se trata de una figura que supone el abono de una indemnización que va más allá del valor de los daños causados, y para que tenga lugar es requisito que el causante del daño haya obtenido un lucro con la actividad dañosa superior al coste de la indemnización; bien que la conducta dañosa presente pocas posibilidades de ser sancionada; o bien que el daño se haya producido con dolo. Como hemos dicho esta figura no suele ser de habitual aplicación en nuestros tribunales excepto casos concretos, como el anteriormente comentado de daños morales.

Otro aspecto importante a destacar de la RC es que puede ser objetiva y subjetiva, donde la principal diferencia radica en que en la objetiva la responsabilidad tiene lugar independientemente de que intervenga culpa o negligencia por parte del causante, mientras que en la subjetiva sí que es un requisito a tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de responsabilidad. Esta última no hace falta comentarla más pues nos hemos estado refiriendo a ella a lo largo de este punto de nuestra investigación dado que representa el concepto genérico que se suele tener de RC, un daño causado por una acción en la que ha mediado culpa o negligencia. Pero esto no tiene por qué ser una regla universal y tanto la ley como la jurisprudencia en diversas ocasiones dan fe de ello, pues en muchos casos la obligación de reparar un daño nace simplemente de la relación causal entre una conducta y un daño, sin tener en cuenta que la acción u omisión fuera culposa o negligente. La doctrina viene a decir que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de la actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya que exigir culpa por su parte. Esto se ejemplifica en los ámbitos de la circulación, de la responsabilidad por objetos defectuosos, responsabilidad medioambiental, responsabilidad por la prestación de servicios, caza, transporte aéreo o energía nuclear, así como en los casos mencionados en los arts. 1905-1910 del CC.

¹²¹ Institución del *Common Law* presente sobretodo en el derecho norteamericano en la que el juez civil es competente para imponer indemnizaciones más altas elevadas que las correspondientes siguiendo el principio “*restitutio in integrum*” con el fin de establecer una sanción por el dolo que media en la conducta el causante. Esto contraría al *Civil Law* seguido en nuestro país por lo que no es una doctrina que sea de habitual aplicación en España.

En resumen, esta responsabilidad civil objetiva responde a aquellos casos que aun no teniendo lugar una conducta culposa o negligente, la naturaleza de la actividad llevada a cabo implica un riesgo de producir un daño que en caso de que se produzca dará lugar a una indemnización a la víctima, que ha sufrido un perjuicio por culpa de un tercero sin mediar una conducta inadecuada por su parte.

3.2.2- *Relación contractual o extracontractual en la RC y el hospedaje*

Una vez visto el apartado anterior podemos concluir que la responsabilidad civil tiene su origen en un daño que se ha ocasionado a un persona por la acción u omisión de otra, y persigue como fin la compensación de ese daño ocasionado a alguien que ha actuado, por lo general, de manera adecuada y que ha sufrido un perjuicio injustificado e injustificadamente¹²² por culpa o negligencia¹²³ de otra persona. En este punto en que nos encontramos, avanzamos un escalón más en nuestro afán de conocer acerca de la responsabilidad civil y más concretamente en la RC del empresario hotelero por los daños o pérdidas sufridos en los efectos introducidos por el huésped en el establecimiento y pasamos a analizar si la responsabilidad que surgiría en dicha situación sería contractual o, al contrario, sería un daño nacido fuera de la órbita del contrato y por lo tanto regido por las normas de responsabilidad extracontractual del 1902 CC.

La principal diferencia entre ambas responsabilidades está clara: la RCC nace del incumplimiento de un contrato mientras que la RCE nace de la vulneración del principio *alterum non laedere*¹²⁴. En el primer caso la responsabilidad deriva de la obligación incumplida a la que se obligó uno de los contratantes, ya que como dice el 1089 CC las obligaciones nacen, entre otros, de los contratos; además de tener fuerza de ley entre las partes contratantes y haberse de cumplir a tenor de los requisitos establecidos en él (1091 CC), por lo que cuando una de las partes que celebra un contrato no cumple con su obligación, provocara el nacimiento de un derecho de crédito en favor del

¹²² En caso contrario entraríamos a evaluar si hay concurrencia de culpa o, incluso, si el daño ha sido ocasionado por una actuación negligente o culposa de la víctima, casos en que la obligación para el causante del daño podría ser aminorada o incluso desaparecer.

¹²³ En lo que a responsabilidad civil subjetiva se refiere.

¹²⁴ El término proviene del jurista romano ULPIANO, «*honeste vivere, ALTERUM NON LAEDERE et suum quique tribuere...*» (vivir honestamente, NO HACER DAÑO A NADIE y dar a cada uno lo que le corresponde).

perjudicado como dice el 1101 CC (*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.*). Además, en caso de incumplimiento de una de las partes, la otra podría solicitar conforme al 1124 CC que “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. [...]*”. Por lo tanto, visto lo visto podemos concluir que el CC protege la buena fe consagrada en el art. 7 CC, en este caso en el ámbito de los contratos, pues vela por su cumplimiento o, en caso de incumplimiento, para que la parte perjudicada pueda, en la medida de lo posible, ser resarcida de los daños sufridos y retornar a un estado anterior en el que no había sufrido ningún tipo de perjuicio.

Dejando de lado los contratos, nos encontramos ahora ante aquellas obligaciones que nacen fuera de la órbita de éstos y en virtud del principio *alterum non laedere*, esto es, el daño surge no de una relación contractual sino de las relaciones generadas entre individuos, en las que uno ha realizado una acción u omisión que causa daño a otro en su persona o en sus bienes, y que da nacimiento a una relación jurídica obligatoria por la que la víctima puede exigir al causante del daño la reparación del daño causado, la llamada responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad aquiliana¹²⁵. Como hemos dicho este daño se origina fuera del ámbito de un contrato, y por lo tanto para determinar su nacimiento tendremos que comprobar que se dan todos los requisitos para el nacimiento de la RCE, que ya comentamos en profundidad en el punto anterior y por lo que no nos vamos a alargar en esta cuestión.

Por lo que a responsabilidad respecta, la doctrina considera que no hay grandes diferencias, en el sentido de que cuando se causa un daño este ha de ser resarcido si se dan los requisitos, independientemente de que la obligación nazca o no de un contrato. En un principio el TS intentó delimitar ambos ámbitos, considerando los casos dudosos

¹²⁵ Este término proviene de la *Lex Aquilia*, una ley del derecho romano que fue mencionada por primera vez en el Digesto de Justiniano (D. 9.2.1.1). Se refería a los daños causados *damnum iniuria datum* (daños causados ilegalmente), y establecía una indemnización a los propietarios de los bienes lesionados por culpa de alguien.

como RCE considerando que los daños personales o morales producidos en la ejecución de un contrato por lo general excedían de la órbita de lo pactado, pero lo cierto en la práctica es que en la mayoría de casos en los que, por la naturaleza de los hechos, se aplicaría por lo general un régimen de RCE, se acaba aceptando la posibilidad de concurrencia con RCC (Ej: en un hotel nos resbalamos en las escaleras porque están mojadas, en principio se trataría de un caso de RCE puesto que, aun encontrándonos en el ámbito del CdH, dicha situación se excede de la órbita del contrato que es prestar alojamiento al cliente y parte contratante). De todos modos, y ante la dificultad en algunos casos de determinar si se trata de RCC o RCE, el TS ha creado lo que la llamada “doctrina de unidad de culpa civil”, que podría explicarse del siguiente modo: los casos dudosos dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra, e incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que a ellos más se acomoden, en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible. Esto daría solución a aquellos casos de dudosa aplicación de un tipo u otro de responsabilidad y que, debatiendo extremos relativos a un tipo de responsabilidad, pueda vulnerarse el principio de congruencia ya que si el juez estimara una responsabilidad no alegada, se causaría indefensión. Por ello, lo más recomendable es ejercitar ambas acciones articuladas de una forma subsidiaria una respecto a la otra, pues podrán ser consideradas en el proceso ambas responsabilidades optando el juzgador por la que crea más conveniente para el caso en concreto, dando así lugar al principio *iura novit curia*¹²⁶, siempre y cuando, no se vulnere el principio de congruencia ni se altere la *causa petendi*¹²⁷.

Una vez comentados algunos aspectos dirigidos a conocer más específicamente qué es la RCC y la RCE, cuándo se dan y cuáles son sus consecuencias, pasamos ahora a analizar qué pasa en el hospedaje y ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos.

¹²⁶ Latinismo que significa “el juez conoce el derecho”, este principio comporta que «*Los Tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo «iura novit curia» les autoriza para ello»* (STS 20/1982 de 25-5-82).

¹²⁷ Locución latina que significa “causa de pedir”, se utiliza para definir cuáles son los motivos que han llevado a la parte actora a incoar un proceso judicial. No ha de confundirse con el *petitum*, que es aquella petición, resultado que pretende obtener la parte actora a través del procedimiento.

En un principio, la mayoría tanto de la doctrina como de la jurisprudencia considera que los sucesos lesivos que se ocasionan en los inmuebles hoteleros nacen como consecuencia de la prestación del servicio de alojamiento por el que se celebra el CdH, por lo que en su mayoría tienen carácter contractual¹²⁸. Esto es así porque, aunque pueda producirse un daño que provenga de una negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato, la primera se produce a consecuencia de la celebración de este último (si no se celebra el CdH directamente ya no podremos alojarnos en el hotel, por lo que excepto algún caso muy concreto ya no habrá lugar para que ocurra nada más), por lo que para que tenga lugar la RCE es menester que el hecho lesivo que produce el daño no tenga origen dentro de la órbita de lo pactado y como consecuencia directa o indirecta del contenido negocial, por lo que sólo si se trata de una acción u omisión negligente o culposa ajena a lo que conforma propiamente el contrato de hospedaje, se desplegará la responsabilidad aquiliana y sus efectos y, entre otros, la vigorosa presunción de culpabilidad del empresario¹²⁹. De todas maneras, y debida la estrecha relación en el ámbito del hospedaje de la celebración del CdH y de un daño provocado fuera de la exclusiva órbita del contrato que abarca puramente el alojamiento, pero que sin su celebración no hubiera habido ocasión para el nacimiento del hecho lesivo que provoca el daño, se presenta la posibilidad de presentar un concurso de responsabilidades contractual y extracontractual en favor de la víctima y contra un mismo sujeto responsable cuando el hecho lesivo que origina la lesión es, a la vez, consecuencia de un incumplimiento contractual y, al mismo tiempo, de la comisión de un acto civil ilícito. Así lo establece la jurisprudencia por ejemplo en una sentencia relativa a la caída en la rampa de un hotel de Benidorm, al considerar que *“la llamada “unidad de culpa”, entre otras las sentencias de 28 de Junio de 1997 (RJ1997/5151), 2 de Noviembre 1999 (RJ1999/7998) 10 de Noviembre 1999 (RJ1999/8057) y 30 de Diciembre 1999 (RJ1999/9496) mantienen decididamente que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro hay una yuxtaposición de responsabilidad (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente”*¹³⁰. En

¹²⁸ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 87.

¹²⁹ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 87-88.

¹³⁰ STS 25 de noviembre de 2003, JUR 2004\50738.

consecuencia y conforme lo estudiado anteriormente, el juzgador gozará de libertad en la aplicación de las normas de RCC o RCE sin incurrir por ello en incongruencia.

Nos referíamos hasta el momento a hechos lesivos generales que puedan producirse en el establecimiento donde se prestan los servicios y dentro la órbita del contrato, pero fuera de esta esfera, entramos ahora en materia de responsabilidad por la custodia de los bienes de los clientes, donde la responsabilidad civil contractual adquiere una mayor presencia. Esto se refleja principalmente en los casos donde tiene lugar una custodia directa de los bienes, lo que prácticamente no da lugar a debate alguno pues se celebra un contrato de depósito para la custodia particular de los bienes por el hotelero, y por tanto todo hecho lesivo para el cliente dará lugar de manera general a una responsabilidad contractual, aunque en algunos casos pueda yuxtaponerse ésta a una responsabilidad extracontractual como refleja la STS 1 de febrero de 1994 en un caso relativo a la sustracción de un vehículo en el aparcamiento de un hotel, donde se reconoce *“como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia de esta Sala acerca de la llamada «unidad de la culpa civil» [Sentencias de 24 marzo y 23 diciembre 1952 (RJ 1952\1209 y RJ 1952\2673), entre otras] que en los «supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual» señalan como «doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro»¹³¹, resumiendo, en definitiva y en contra de alguna parte de la doctrina, que «no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente en exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial”.*

Por otro lado, en los casos de custodia indirecta de los bienes, la naturaleza de la responsabilidad ya es más dudosa en cuanto no se ha formalizado ningún acuerdo para la vigilancia y custodia particular de los bienes, sino que ésta se origina por la simple celebración del contrato de hospedaje. En otras palabras, en tanto no se ha celebrado un verdadero contrato de depósito, sí se ha celebrado un contrato de hospedaje que, como ya hemos comentado anteriormente, se trata de un contrato complejo configurado por varias figuras contractuales unidas dentro de un mismo contrato y con una sola causa, lo

¹³¹ STS 1 de febrero de 1994, RJ 1994\854.

que conlleva una variedad de obligaciones para las partes y entre las que se encuentra el deber implícito de custodia de los bienes introducidos por el huésped en el establecimiento. Es por ello, que consideramos que, aun no siendo existiendo un contrato específico de depósito, existe un deber de custodia por la mera celebración del CdH que, en caso de ser vulnerado, daría lugar a una responsabilidad contractual en tanto no se han cumplido con todas las obligaciones derivadas del contrato. Nuestra postura se puede ver reflejada en la jurisprudencia, como afirma la AP de Cádiz “*Las sentencias del Tribunal Supremo de diez de julio de 1989 y quince de marzo 1990 afirman la naturaleza contractual de la relación entre quien contrata un alojamiento y el que lo presta, también en lo concerniente a la sustracción de objetos, el llamado depósito necesario. En la primera puede leerse: "esa entrega de los efectos, ya que la misma trae su causa en el contrato de hospedaje celebrado, no constituyendo, por tanto, un contrato de depósito autónomo e independiente, distinto de la prestación por el Hotel de los varios servicios integrantes del complejo contrato de hospedaje"*¹³².

Por otro lado y con carácter excepcional, se defiende la tesis según la cual cuando la relación jurídica nace de un contrato o una relación jurídica que pueda conceder un medio específico para el resarcimiento, se aplicarán de manera preferente las normas sobre la RCC, excluyendo las normas de RCE¹³³. Esta posición, aunque no tan mayoritaria también encuentra respaldo jurisprudencial.

3.2.3- Responsabilidad por culpa o riesgo del empresario

Nos cuestionamos en el presente punto, principalmente, si el empresario ha de ser responsable por los efectos de los clientes en caso de llevar a cabo una actuación culposa y/o negligente, o por el contrario, si puede devenir como responsable por el simple hecho de llevar a cabo una actividad económica cuya naturaleza conlleva el riesgo de que se produzca el daño que puede originar la responsabilidad que estamos tratando, independientemente de la diligencia en su actuación. En otras palabras, nos debatimos entre aplicar una responsabilidad civil subjetiva y objetiva respectivamente.

¹³² SAP Cádiz de 19 de julio de 2004, JUR 2004\293531.

¹³³ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 90.

Históricamente el Derecho español ha sido un sistema basado principalmente en el principio de la culpa, esto es, ha abogado siempre hacia un régimen de responsabilidad civil objetiva fundado en la culpa o negligencia como origen del daño, tal y como establece por ejemplo el 1902 CC, uno de los artículos que abanderó este principio. En principio, tanto la mayoría de la doctrina como la jurisprudencia han calificado el hospedaje como una actividad aparentemente inocua sobre la que se antoja complicado aparentemente aplicar la teoría del riesgo¹³⁴, considerando que la industria turística – hotelera u hostelera- no constituye una actividad de riesgo¹³⁵. No obstante, por norma general los empresarios, ya sean hoteleros o de cualquier otro sector o industria, están obligados a adoptar todas las precauciones necesarias de cara a evitar cualquier posible daño hacia sus clientes, en especial en el marco del desarrollo de cualquier actividad peligrosa que pueda tener cabida en el ámbito de la actividad que desarrolla, pues las posibles consecuencias lesivas que se generen a causa de dichas acciones, aunque éstas se realicen dentro de la mayor prudencia y en el marco de la ley, deberán ser soportadas por quien se beneficia de la explotación mercantil¹³⁶. En otras palabras, el desarrollo de una actividad peligrosa o arriesgada implica necesariamente la atracción causal de todos los efectos que se derivan de ésta, de tal manera que lo único que se requiere para obtener la reparación económica es la prueba del nexo causal entre el daño que se ocasiona y la actividad generadora del mismo, prescindiéndose como elemento de imputabilidad del dolo o la culpa¹³⁷. De todos modos, cabe destacar que esta objetivización de la responsabilidad en cuanto a las actividades consideradas como peligrosas o arriesgadas no puede ser absoluta, pues eso sería automatizar el derecho, tal y como establece la AP de Lleida al considerar que *“La objetivización no es absoluta y en términos tales que permita achacar responsabilidades a quien no incurrió en culpa alguna, que, por otra parte, supondría automatizar el Derecho. Tampoco el avance interpretador ha dejado totalmente arrinconado y sin virtualidad el concepto*

¹³⁴ Entendemos el riesgo como la situación jurídica que se presenta cuando las partes de un contrato, o una de ellas, se encuentran en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones o sus prestaciones debido a una causa extraña que no les es imputable. A grandes rasgos, esta teoría busca analizar la noción de riesgo en los diversos tipos de contratos conocidos y determinar, en la medida de lo posible, los efectos de la imposibilidad de la ejecución de la prestación por el deudor y los recursos que el acreedor puede o no tener para pedir el cumplimiento.

¹³⁵ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 94.

¹³⁶ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 93.

¹³⁷ DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Valencia, 2000, Tirant lo Blanch, p. 353.

culpabilístico que inspira los preceptos referidos y que mantiene su vigencia”¹³⁸. En esta línea, vale la pena remarcar que en los últimos tiempos la jurisprudencia ha optado por dirigirse hacia a una postura más cercana a la objetivización de la responsabilidad en relación con los daños que puedan surgir de una actividad considerada no peligrosa en sí, como establece el TS afirmando que *“si bien el art. 1902 descansa en un básico principio culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba, y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin exigirla en fundamento único de la obligación de resarcir; lo que permite entender, que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y de lugar, sino además, al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta tal conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiada, y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio*”¹³⁹. En el mismo sentido se pronuncia la AP de Baleares cuando establece que *“de modo normalmente y en atención a lo dispuesto por el artículo 1902 CC se da la necesidad ineludible de que el hecho pueda ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable; con todo, la jurisprudencia ha evolucionado hacia principios de objetivización de la responsabilidad contractual siendo exponente de ello el principio de inversión de la carga de la prueba y la acentuación del rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso. Ahora bien, esa evolución de objetivar la responsabilidad no ha de revestir criterios absolutos y de ningún modo permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo*”¹⁴⁰. De ello se resume que, dentro de la actuación del causante, además de extremarse todas las precauciones de cara a de evitar un posible daño, no hay que pasar por alto las posibles circunstancias en las que se desarrolla la actividad, pues éstas pueden influir de manera determinante a la hora de considerar si actuó el causante con la suficiente diligencia o no en función del entorno y las circunstancias y si ésta fue o

¹³⁸ SAP Lleida de 28 de junio de 2004, JUR 2004\240920.

¹³⁹ STS 28 octubre de 1988. RJ 1988\7750.

¹⁴⁰ STS 5 noviembre de 2004 JUR 2004\76287.

pudo haber sido determinante en la causación del daño o, si por otro lado, aun actuando con diligencia nada pudo hacer para evitar el perjuicio final que da nacimiento al derecho del perjudicado de pedir lo que le corresponde como víctima de un daño que ha sufrido y que como tal tiene derecho a que se le sea resarcido o compensado.

En definitiva, podemos determinar que, si bien la actividad hotelera no es una actividad de riesgo y por lo tanto de manera general se aplicará el principio culpabilístico, no hay que olvidar la objetivización de los daños por la que la jurisprudencia parece optar en los últimos tiempos, si bien como ya se ha remarcado ésta no es absoluta sino que viene, de alguna manera, a motivar aun más si cabe al empresario para emplear más medidas de prevención respecto de cualquier posible daño que pueda acontecer en el marco del desarrollo de su actividad. Por lo que respecta al hotelero, en principio resultará responsable subjetivo de los daños que se le puedan causar al cliente, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1º, que se pruebe la existencia de un resultado dañoso que afecta a quien reclama; 2º, que ese o esos daños sean consecuencia de la conducta del demandado o persona por quien éste deba responder, de tal suerte que exista relación de causalidad entre el daño producido y esa conducta; 3º, que pueda apreciarse la concurrencia de culpa o negligencia en la conducta generadora del daño, por haberse realizado sin el cuidado y diligencia precisa para evitar un resultado lesivo, previsible y evitable¹⁴¹.

3.2.4- *Carga de la prueba*

De acuerdo con las normas generales sobre carga de la prueba en el ámbito contractual, corresponde la carga de la prueba de las obligaciones a quien demanda su cumplimiento y la de su extinción a quien la opondrá. Esta afirmación encuentra soporte en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus puntos 2 y 3, al afirmar respectivamente que “*Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.*”, de la misma manera que “*Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean*

¹⁴¹ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 96.

aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”. Por lo tanto, una vez contemplados dichos preceptos de la LEC podemos deducir que corresponde al viajero probar la existencia del contrato de hospedaje; la introducción de los bienes en el establecimiento hotelero; así como los daños o pérdida sufridos, además del valor de los mismos; igualmente, deberá probar, en su caso, que entregó sus bienes de valor al hostelero y éste rechazó su custodia¹⁴². Por su parte, el hostelero deberá probar el hecho liberatorio de su responsabilidad, que según lo dicho corresponderá a la prueba del robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor, o, en su caso, el incumplimiento por parte del viajero de las prevenciones realizadas en atención a la custodia de los objetos de valor; finalmente, también quedará exonerado el hostelero si demuestra que los daños o sustracción se debieron a la conducta de un tercero y demuestra su autoría, y haber cumplido, por su parte, fielmente su obligación de custodia¹⁴³.

Una vez comentado sobre quien recae la carga de la prueba respecto los daños o pérdidas de los bienes del viajero, podemos decir llegados a este punto del trabajo, y conociendo cada vez más en profundidad el CdH, nada de lo dicho hasta el momento en este apartado nos resulta novedoso, al igual que tampoco nos lo resulta la dificultad probatoria respecto los bienes que el viajero llevaba consigo y que sufrieron daño o pérdida en el establecimiento, puesto que el cliente no tiene la obligación de declarar, ni se suele hacer por costumbre, los bienes que porta con él a su llegada al recinto (excepto los bienes de especial valor, que como ya hemos presentado y comentaremos más adelante, sí estará obligado a comunicar, e incluso depositar, para que el hostelero pueda resultar responsable de cualquier daño o pérdida que éstos sufran). Es en este momento cuando volvemos a bifurcar la carga de la prueba en custodia directa e indirecta, a la vez que comprobamos de nuevo la seguridad jurídica y facilidad a la hora de evitar o resolver conflictos que nos presenta la primera, frente a las inseguridades y complicaciones que pueden resultar de la segunda. De esta manera, cuando se produce la entrega para la custodia particular de los bienes por parte del cliente al hostelero, se suele emitir un recibo a modo de justificante en el que se detallan los bienes entregados, tal y como indica la OM del 68 en su artículo 78.1, y que goza de valor probatorio. Por lo tanto, existiendo recibo, no se presentarán problemas en la prueba ni determinación

¹⁴² REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p.

¹⁴³ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p.

de los daños, pues se estará a lo dispuesto en él; por el contrario, cuando el hostelero no haya emitido el correspondiente recibo de la entrega, para determinar los bienes que se le entregaron y su valor habrá que estar a la declaración del cliente, como consecuencia de la aplicación analógica del artículo 1769 CC en su párrafo tercero, relativo al depósito cerrado, tal y como establece la jurisprudencia, afirmando que *“Hay pues una presunción de verdad en las afirmaciones del depositante respecto del valor de lo depositado, ya que se manda estar «a la declaración del depositante», a no haber contraprueba. La ley cree en principio en la declaración del depositante, y a falta de prueba [...] había de estarse a la declaración del robado «siendo persona de buena forma» atendiendo a la calidad de las personas y a las circunstancias del hecho, y atendiendo también a que de otra forma sería las más de las veces imposible la prueba en casos como el de este pleito.”*¹⁴⁴. Luego por otro lado, atendemos ahora la caso de la custodia indirecta, donde ya hemos indicado que se nos presenta alguna que otra dificultad añadida de cara a probar los bienes que fueron introducidos en el establecimiento, puesto que, al igual que en los casos relativos a cajas de seguridad, que más adelante serán estudiados, el hostelero desconoce por completo qué objetos ha introducido el cliente, así como su valor o naturaleza. Por ende, resultaría en ambos casos de nuevo la aplicación analógica del artículo 1769, resaltando, para acabar, que no siempre la prueba testifical se ha dado por válida, puesto que se trata de un juicio que debe realizarse con un criterio de prudencia y, en definitiva, de equidad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y de las personas. A modo de ejemplo encontramos sentencias de AP como la de Almería, aclarando que *“el demandante no ha logrado acreditar ni el hecho de la sustracción, que no puede entenderse por la mera denuncia ante la policía, ni la preexistencia de los objetos que se dice sustraídos, puesto que la cantidad de dinero sólo consta para su mera manifestación, sin que el hecho de no haberla variado a lo largo del proceso implique su certeza, y por lo que respecta a las joyas la factura aportada carece de sello de la entidad vendedora y no ha sido ratificada en juicio, y aun en tal supuesto, de ningún modo supone que aquéllas se encontraran en la habitación del hotel; sin que ninguna de tales circunstancias pueda presumirse, por falta de enlace preciso y directo exigido por el artículo 1253 del Código citado”*¹⁴⁵, o la de Alicante cuando establece que *“el demandante no ha logrado acreditar, ni el hecho de la sustracción, que no podemos entender probado, por la mera*

¹⁴⁴ STS 27 de enero de 1994, RJ 1994/569.

¹⁴⁵ SAP Almería de 2 de diciembre de 1992, AC 1635\1992.

denuncia ante la Guardia Civil; ni la preexistencia de los objetos supuestamente sustraídos, puesto que solamente existe constancia de ello por su mera manifestación, que en algún caso no coincide con los del acta de denuncia de la Guardia Civil. Por lo que respecta a las facturas presentadas en las mismas se detectan irregularidades, facturas que en ningún momento la parte apelante manifestó eran duplicados, que por otra parte no han sido ratificados en juicio”¹⁴⁶.

3.3- Del depósito a la custodia: consideraciones generales

3.3.1- Consideraciones del depósito contemplado en los artículos 1783-1784 CC

Los artículos del CC referentes a la responsabilidad del mesonero por los efectos introducidos en el establecimiento hacen referencia al depósito, esto es, estipulan que se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones, y los fondistas responden como tales depositarios de los daños o pérdidas que sufran los bienes introducidos en el establecimiento. En este momento surge el debate de si realmente se trata de un depósito o no, y si éste es necesario como indica el CC, algo que históricamente ha dividido a la doctrina y nosotros comentaremos ambas posiciones antes de inclinarnos hacia una u otra postura.

El nacimiento de la responsabilidad de los fondistas y mesoneros por los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones se remonta al Derecho Romano, donde la tradicional desconfianza hacia los *caupones*, que como ya comenté no gozaron ni durante esa época ni en posteriores de una favorecedora reputación, determinó un régimen de responsabilidad especialmente riguroso en cuanto a los bienes de los viajeros, de los que respondían por el mero hecho de haber sido introducidos en su establecimiento e independientemente de que su comportamiento pudiera ser calificado o no como culposos, excepto en el caso de que se aportara la prueba de alguno de los supuestos típicos exoneratorios previstos por el ordenamiento^{147 148}. Hay que remarcar, que inicialmente tanto en la época romana como en otros antecedentes históricos

¹⁴⁶ SAP Alicante de 3 de diciembre de 1999, AC 2576\1999.

¹⁴⁷ *Vis maior, damnum fatale*.

¹⁴⁸ DÍEZ SOTO, *Comentario a los artículos 1760-1789*, p. 12227.

españoles¹⁴⁹, esta responsabilidad aparece desvinculada de la figura del depósito¹⁵⁰, y su aproximación a ésta se produce en la obra de POTHIER en su estudio del depósito hotelero, dentro del capítulo dedicado a las especies particulares de depósito, y a continuación del depósito necesario, siguiendo la tesis de que tendría lugar un contrato tácito de depósito en los supuestos tradicionales de *receptum*¹⁵¹.

Por un lado están aquellos que afirman que el depósito es inherente al hospedaje, posición minoritaria que refleja perfectamente MANRESA Y NAVARRO¹⁵² en sus comentarios al CC “*los fondistas y mesoneros, al ofrecer al público sus servicios, se incluyen a sí mismos en esa categoría de sujetos más rigurosamente responsables, porque se brindan espontáneamente como depositarios, y como tales a una custodia más exquisita y diligente*”. Esta postura viene influenciada por la legislación civil francesa, que como ya se comentó anteriormente influyó notoriamente en la legislación civil española, y que considera esta situación como un claro depósito. Para algunos autores, con la simple introducción del equipaje en el establecimiento hotelero se está verificando un verdadero depósito, en el que el responsable del establecimiento no escoge esta condición, sino que viene inherente a la condición de responsable de un establecimiento en el que un viajero, que de manera necesaria ha de trasladar con él algunas pertenencias y enseres para su viaje, ha de depositar necesariamente en dicho establecimiento estas pertenencias, que en algún momento u otro quedarán fuera de su esfera de control pues no estará en todo momento en el establecimiento, y será entonces cuando la responsabilidad de la custodia pase al hostelero producto del depósito realizado por el huésped.

Por otro lado, se encuentran los defensores de que la responsabilidad que deriva de los arts. 1783-1784 no es realmente un depósito, sino un supuesto de responsabilidad legal que no nace de un contrato de depósito, sino de la naturaleza de la actividad hostelera: el cliente se ve protegido desde el momento en que llega al establecimiento con la

¹⁴⁹ Por ejemplo la Partida V, tít. VIII, ley 26.

¹⁵⁰ Asimilándose más bien a un cuasicontrato o arrendamiento.

¹⁵¹ DÍEZ SOTO, *Comentario a los artículos 1760-1789*, p. 12227-12228.

¹⁵² MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, Tomo XI, Madrid, 1991, p. 719

intención de celebrar un contrato de hospedaje¹⁵³. Esta postura viene reforzada por el artículo 1258 del CC *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*, de lo que se desprende el concepto al que hacemos referencia: el hotelero, al celebrar el contrato de hospedaje con un cliente, se ve obligado no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino de todas las consecuencias que deriven del contrato respetando siempre los criterios enumerados en el artículo, por lo que, además de prestar el alojamiento, que es lo que inicialmente se pacta, el hotelero deberá cumplir con el resto de obligaciones que se derivan del CdH, entre las que se encuentra la de custodiar los efectos que introduzca el viajero en su establecimiento mientras dure su estancia con el fin de conservarlos sin ningún desperfecto en virtud de la buena fe y de la diligencia con la que ha de actuar un profesional que recibe unos honorarios por prestar un servicio de alojamiento pero del que, además del alojamiento, se engloban una serie de deberes con los que ha de cumplir el profesional y a los que se ha hecho referencia anteriormente como pueden ser por ejemplo la limpieza, garantizar una estancia pacífica, etc... Así, la introducción de los efectos pertenecientes a los viajeros en el establecimiento de hospedaje no daría lugar a un depósito de ningún tipo, sino que el CdH implica una obligación de custodia por parte del empresario y su posterior responsabilidad en caso de daño o pérdida de los enseres del cliente, siempre que éstos no provengan de fuerza mayor o robo a mano armada¹⁵⁴. Además, para que se dé esta responsabilidad es preciso que concurren dos requisitos que enumera el artículo 1783: 1º que el huésped dé conocimiento de la introducción de las cosas al titular del alojamiento o a sus dependientes¹⁵⁵; 2º que observe las prevenciones que le hayan hecho sobre su cuidado y vigilancia. Sin embargo, la responsabilidad del titular del alojamiento cesa cuando no se trate de efectos introducidos por el viajero, sino, por ejemplo, por amigos o visitantes; o cuando se ejerce la actividad de hospedaje, como el alojamiento en casa de un amigo; o cuando media culpa o negligencia del propio

¹⁵³ En algunos casos, como por ejemplo en el contrato de reserva hotelera, el cliente ya llega al establecimiento con el contrato celebrado.

¹⁵⁴ BOE 25 de julio de 1889, núm. 206, pág. 232.

¹⁵⁵ Según Díez Soto este supuesto ha sido interpretado de forma flexible, considerándose que es suficiente con que los efectos hayan sido introducidos a la vista del hostelero o sus dependientes, y no de forma clandestina, al menos en lo que se refiere a los objetos de uso cotidiano o habituales en este tipo de desplazamientos; en el caso de objetos de especial valor, sí parece necesario que se informe expresamente a la empresa o a sus empleados.

viajero; o cuando el daño proviene de las personas que acompañan al viajero; o cuando el daño proviene del vicio o naturaleza de la cosa¹⁵⁶. Dicho en otras palabras, se resume que la responsabilidad del hotelero no derivaría del incumplimiento de un contrato de depósito, sino de una responsabilidad legal derivada de un deber que asume el hotelero en el momento en que se expone a una actividad que, aun no siendo potencialmente de riesgo como se comentó anteriormente, sí que conlleva cierto riesgo de que se pueda producir algún daño sobre las pertenencias del cliente aún actuando el empresario con total diligencia. O'CALLAGHAN¹⁵⁷ refuerza esta postura considerando que *“ni es depósito porque no ha habido contrato, ni se le puede imponer al pseudodepositario las obligaciones del depositario. Caso distinto es el verdadero depósito respecto las cosas que el huésped entrega expresamente al titular del alojamiento para que se las custodie”*. En la misma línea se postula alguna parte de la doctrina como por ejemplo, DÍEZ SOTO¹⁵⁸, en la obra *Comentarios al Código Civil* dirigida por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que defiende que *“los preceptos señalados vienen a imponer a los titulares de las empresas de hostelería una obligación legal de custodia indirecta sobre los efectos introducidos por los clientes en sus establecimientos”*, lo que permite diferenciar claramente dicho supuesto del de una obligación de custodia nacida del contrato de depósito. Asimismo, FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL¹⁵⁹, en el *Comentario del Código Civil* coordinado por GIL DE LA GUESTA, también afirma que *“la equiparación de la introducción de los efectos o equipaje en el local hostelero al contrato de depósito necesario, se rechaza, en general, por la doctrina por considerar que no surge contrato de depósito del acto unilateral del viajero de introducir los efectos, sin entrega de las cosas ni intervención alguna del fondista o mesonero, al que sólo se le dará conocimiento del hecho de haberse producido la introducción de dichos efectos, sin entrega de las cosas ni intervención alguna del fondista o mesonero, al que sólo se le dará conocimiento del hecho de haberse producido la introducción de los efectos. Por ello, la responsabilidad del fondista u hostelero no depende en realidad de la existencia de un contrato de depósito. Es una responsabilidad “ex lege”, que no depende de la existencia de culpa o negligencia ni*

¹⁵⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Comentarios al Código Civil*, p. 1824.

¹⁵⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Comentarios al Código Civil*, p. 1823.

¹⁵⁸ DÍEZ SOTO, *Comentario a los artículos 1760-1789*, p. 12230-12231.

¹⁵⁹ HERNÁNDEZ GIL, *Comentarios a los artículos 1661-1789*, p. 612-613.

depende del contrato de hospedaje, puesto que surge antes que éste, por el hecho de la introducción de los objetos.”.

Nosotros somos partidarios de esta segunda postura, pues creemos que en ningún momento se está estipulando un contrato de depósito sino que simplemente el cliente lleva con él en su viaje los efectos que considere necesarios y, en virtud de la buena fe contractual, el hotelero se ve obligado a custodiarlos como parte de las obligaciones profesionales que se engloban en el marco de su actividad empresarial y del contrato de hospedaje que está celebrando con su cliente. Para reforzar nuestra postura, tomamos como referencia al profesor O'CALLAGHAN¹⁶⁰ que considera el depósito como un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa de depositante a depositario, y además, prevé la posibilidad de que la custodia no surja de un contrato de depósito como suele ser habitual, sino que pueda nacer también de un derecho de obligación (por ejemplo, un arrendamiento) o real (por ejemplo, usufructo). Por lo tanto, si atendemos a estas indicaciones y a todo lo expuesto anteriormente, confirmamos nuestra postura considerando que no existe un contrato de depósito con la mera introducción de los enseres del viajero en el establecimiento. No obstante, como observaremos más adelante, cabe la posibilidad de que el cliente le entregue de manera directa ciertos bienes al hotelero para que se los custodie, en este caso, sí que se tendría lugar un contrato de depósito.

3.3.2- De la calificación o no del depósito como necesario

En el anterior punto presentamos el debate de si es posible considerar como depósito la mera introducción de los efectos personales de un cliente en un establecimiento hotelero. En el presente punto pasamos a considerar si, en el caso de que realmente hubiera un depósito, éste fuera necesario o no, pues si bien es cierto que el art. 1783 del CC así lo califica, son muchas las voces críticas respecto esta afirmación.

Primero de todo hay que aclarar qué es el depósito necesario, pues si no sabemos este concepto no podemos avanzar hacia donde queremos llegar en este apartado. El artículo 1781 del CC califica el depósito como necesario en dos situaciones: 1) cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal; 2) cuando tiene lugar con ocasión de alguna

¹⁶⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Comentarios al Código Civil*, p. 1829.

calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes¹⁶¹. Una de las principales características del depósito necesario es que se trata de una situación en la que, por lo general, el depositante, por razón de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, tiene limitada su libertad, tanto a la hora de optar por constituir el depósito, como a la hora de elegir a la persona del depositario, uno de los motivos que explica el régimen de responsabilidad especialmente riguroso al que se ve sometido este último¹⁶²; en definitiva, se trata de un contrato de depósito, como el voluntario, pero con la especialidad de que la ley ha impuesto el deber de celebrarlo, normalmente con una función cautelar para asegurar la integridad de la cosa depositada¹⁶³. De esta manera, el primer supuesto de depósito necesario contemplado en el artículo 1781 tiene lugar en virtud, como se dice en su redacción, de una obligación legal que venga impuesta al depositante o depositario, y que en muchas ocasiones tiene como motivo la conservación de la cosa depositada o la consignación del bien para garantizar su disponibilidad futura¹⁶⁴. En definitiva, se trata de un contrato de depósito, como el voluntario, con la especialidad de que la ley ha impuesto el deber de celebrarlo, y en el que no se entrega la cosa al depositario en interés del depositante, sino normalmente de un tercero, lo que determina por un lado que el contenido de la obligación de custodia no deba verse modelado en función de la voluntad del depositante¹⁶⁵, sino con arreglo a criterios objetivos que garanticen la debida preservación de la cosa¹⁶⁶. Por otro lado, y tal y como reseña el artículo siguiente, el depósito necesario se regirá por las disposiciones de la ley que lo establezca, y en su defecto, por las del depósito voluntario; si bien es cierto que pese a la remisión con carácter supletorio a las normas de este último, los supuestos de depósito legal existentes a lo largo de nuestro ordenamiento suelen diferenciarse sustancialmente de los voluntarios en algunos aspectos como por ejemplo en la configuración de las obligaciones de custodia y restitución del depositario¹⁶⁷, lo que encontramos lógico dentro de las diferentes especialidades de depósito necesario que podemos encontrar a lo largo del ordenamiento, cada una regulada en función de sus propias necesidades de cara a

¹⁶¹ El llamado “depósito miserable”.

¹⁶² DÍEZ SOTO, *Comentario a los artículos 1760-1789*, pp. 12223.

¹⁶³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X, *Comentarios al Código Civil*, p. 1822.

¹⁶⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, *Comentario a los artículos 1758-1789*, p. 966.

¹⁶⁵ El cual no podrá exigir la restitución hasta que termine la situación que dio lugar al depósito

¹⁶⁶ DÍEZ SOTO, *Comentario a los artículos 1760-1789*, pp. 12223-12224.

¹⁶⁷ DÍEZ SOTO, *Comentario a los artículos 1760-1789*, p. 12224.

alcanzar el fin por el que tuvieron lugar. A modo de ejemplificar el depósito necesario, en el mismo CC, encontramos algunos casos entre los que citamos, no siendo los únicos, el artículo 494.1, que reconoce al propietario, cuando el usufructuario no presta fianza a pesar de estar obligado, entre otras medidas, la posibilidad de exigir que los efectos públicos, títulos de crédito nominativos o al portador se depositen en un Banco o establecimiento público. También por ejemplo el art. 1870 prevé, para el caso en que el acreedor use indebidamente la prenda, la posibilidad de que el deudor pida la constitución de la misma en depósito.

Lo explicado hasta el momento nos deja en una postura ambigua respecto del supuesto del hospedaje, pues si bien es cierto que con el depósito necesario se intenta proteger la conservación e integridad de los enseres del cliente, no se persigue ninguna consignación en beneficio de ningún tercero, una de las notas características del depósito necesario según DÍEZ SOTO, ni siquiera del acreedor, caso también común como hemos visto en los ejemplos anteriormente presentados de depósito necesario en el CC, sino que la finalidad perseguida por el depósito necesario contemplado en el artículo 1783 es la recientemente comentada, proteger al huésped respecto el riesgo que puede correr al dejar sus enseres fuera de su directa vigilancia cuando no se encuentre dentro del establecimiento. Por otro lado, sí es cierto que el depositante tiene libertad limitada a la hora de elegir al depositario, que será el responsable del establecimiento en cualquier caso, pero de todas maneras, y como más adelante comentaremos, no se encuentra limitada su libertad a la hora de constituir el depósito en tanto se entienda o no como depósito la introducción de sus enseres en el establecimiento, pues si se considera ésta como depósito sí que vería limitada su libertad de alguna manera, pues con la simple introducción de sus pertenencias en el establecimiento ya se estaría formalizando un depósito independientemente de su voluntad; si por otro lado no se considera la introducción de los efectos como un depósito, en este caso esta libertad respecto de la formalización de un depósito no se vería afectada pues el cliente podría elegir si celebrar con el empresario un verdadero contrato de depósito voluntario con la entrega de sus pertenencias al empresario, o no realizar dicha entrega y que simplemente exista un deber legal del hostelero de custodiar sus enseres¹⁶⁸. El que sí

¹⁶⁸ Caso distinto sería el de los objetos de valor, que como estudiaremos más adelante, sí que existe una obligación legal de entregarlos al responsable del hotel si el cliente quiere verse protegido en caso de daño o pérdida de sus pertenencias. Por lo tanto, no podemos afirmar que exista una verdadera obligación legal de entrega de los enseres del cliente al empresario, que será una opción facultativa del huésped que influirá en la posible responsabilidad que pudiera devenir en caso de daño o pérdida de sus pertenencias.

tiene limitada su libertad es el depositario, que por lo general no podrá negarse a aceptar los bienes que el cliente le entregue directamente para su custodia, lo que se entiende razonable dentro de la propia naturaleza de la actividad realizada por el empresario y las circunstancias en que éste presta sus servicios que, conforme a la buena fe respecto de la naturaleza de la actividad empresarial que presta, debe proporcionar a sus clientes un servicio accesorio de custodia directa de sus objetos personales¹⁶⁹ que, por otro lado, podrá el cliente disponer de ellos cuando quiera, a diferencia de lo que suele ocurrir en los casos de depósito necesario en que el depósito está sujeto a ciertas normas que son las que rigen la disposición de los bienes¹⁷⁰.

Para comprender mejor este debate, presentamos algunas posiciones doctrinales que nos ayudan a aclarar algunos conceptos de cara a formar una opinión sólida respecto de la existencia o no de un depósito, y si éste es necesario. El profesor ALBADALEJO¹⁷¹ considera que *“para exista depósito es necesario que haya un acuerdo de voluntades (consentimiento) sobre la entrega de unos bienes (objeto) para su guarda (causa) y, posterior, restitución”*. Por lo tanto, si no existe este acuerdo específico entre las partes no se puede hablar de depósito ni de depósito necesario. A modo de reforzar esa posición, el TS en algunas sentencias se ha pronunciado al respecto, afirmando que *“en definitiva, el depósito necesario de los efectos de los viajeros en el lugar donde se alojan, se deriva como ya se observó en la Sentencia de esta Sala de 11/7/1989, del contrato de hospedaje del que aquel depósito forma parte”*¹⁷². Esta sentencia nos lleva a la citada en ella de 11/7/1989 en la que se establece que *“la responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los artículos 1783 y 1784 del Código civil, fundada en el riesgo profesional o de empresa nace por el hecho mismo de la introducción en el hotel de los efectos por el huésped, sin necesidad de un previo contrato de depósito y sin requerirse la aceptación del fondista que queda, desde ese momento y hasta la terminación del contrato de hospedaje, responsable por los daños o la pérdida de los efectos introducidos en los términos establecidos en los citados preceptos legales”*¹⁷³. Así pues, de la doctrina establecida por el TS concluimos con la consideración de que no existe un depósito necesario, porque directamente no se da la

¹⁶⁹ DÍEZ SOTO, *Comentario a los artículos 1760-1789*, p. 12225.

¹⁷⁰ DÍEZ SOTO, *Comentario a los artículos 1760-1789*, p. 12225.

¹⁷¹ ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1998, JM. Bosch Editor, p. 409.

¹⁷² STS de 15 de marzo de 1990, RJ 1990/1969.

¹⁷³ STS de 11 de julio de 1989, RJ 1989/5598.

celebración de ningún contrato de depósito, sino más bien, como nos hemos referido anteriormente y así lo refuerza el Supremo, nace una obligación legal de custodia derivada del contrato de hospedaje y en virtud de un riesgo profesional. En el mismo sentido se pronuncian algunas Audiencias Provinciales como por ejemplo la de Baleares, una CCAA en la que el turismo es uno de los principales motores de su economía y por lo que el hospedaje es un contrato bastante usual, y en su SAP de 25 de septiembre de 1998 se dice que *“la responsabilidad de los hoteleros, según los artículos 1783 y 1784 CC, nace por el hecho de la introducción en el hotel de los efectos del huésped, sin necesidad de un previo contrato de depósito, sin requerirse la aceptación del fondista”*¹⁷⁴.

El segundo supuesto contemplado en el artículo 1781 referente al depósito necesario es el llamado “depósito miserable”, aquél en el que una amenaza sobre los bienes conduce a su depósito, pero que no vamos a entrar a comentar pues no nos interesa para nuestra investigación y carece de relevancia jurídica. De hecho, DÍEZ SOTO considera la subsistencia de esta figura en el CC como un homenaje a la tradición, ya que su regulación se limita a una simple remisión a las normas del depósito voluntario (arts. 1781.2 y 1782.2)¹⁷⁵. Curiosamente, la única especialidad que hoy presenta este depósito de da en el ámbito penal, ya que el art. 252 CP establece una agravación de la pena correspondiente al delito de apropiación indebida cuando no se restituya el depósito necesario o miserable¹⁷⁶.

Finalmente, después de todo lo expuesto anteriormente determinamos que tan sólo existe un depósito en el caso de que el huésped le entregue los bienes para su custodia de manera directa al hotelero, que por lo general no podrá negarse a recibir los bienes en custodia pues la ley se lo impone en virtud de la buena fe y en el marco del desarrollo de su actividad empresarial, aunque como veremos más adelante, existen ciertas circunstancias que sí podrían exonerar al empresario de dicha obligación. Existe debate en la doctrina sobre si este depósito es necesario o voluntario, pero nosotros no consideramos de gran relevancia la determinación de este carácter, pues son varios los

¹⁷⁴ SAP Baleares de 25 de septiembre de 1998, núm. 778.

¹⁷⁵

¹⁷⁶

supuestos en que el primero se rige por las normas del segundo¹⁷⁷. Si no tiene lugar esta entrega efectiva de los bienes, nos encontraremos ante un simple deber de custodia consecuencia de una obligación accesoria a la principal, impuesta por la ley y dando lugar a un derecho de obligación, pero no ante un verdadero contrato de depósito.

3.4- La custodia de los efectos introducidos en el establecimiento por parte del hostelero

La custodia es el efecto causal de la introducción de los efectos del viajero en el establecimiento en el que pretende alojarse. A pesar de ser un contrato atípico, la ley establece una obligación de custodia por parte del hotelero de los efectos introducidos por el viajero en su establecimiento a través de los artículos 1783-1784 CC. Ya se ha aclarado anteriormente que esta custodia no nace de un contrato de depósito (excepto que se produzca la entrega directa de los bienes por parte del cliente al empresario o a sus empleados), sino más bien tiene lugar una obligación legal derivada de una actividad empresarial realizada de cara al público, lo que daría lugar a un deber de custodia indirecta de dichos efectos para garantizar su integridad. En definitiva, según se trate de cosas introducidas en las dependencias del establecimiento pero de las que el cliente conserva su posesión sin entregarlas al titular del establecimiento hablaremos de custodia directa (esto es, sin detentación), mientras que si se trata de cosas que expresamente han sido entregadas para su custodia al titular del establecimiento nos encontraremos ante un caso de custodia directa¹⁷⁸. Esta y otras cuestiones similares serán abordadas en este punto del tercer capítulo de nuestra investigación, que goza de especial relevancia pues la bipartición custodia indirecta-directa es uno de los principales núcleos del contenido del contrato de hospedaje.

¹⁷⁷ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p.

¹⁷⁸ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 449.

3.4.1- *La custodia indirecta de los efectos introducidos por el viajero*

3.4.1.1- *Concepto de custodia indirecta en el contrato de hospedaje*

Aunque a estas alturas de la investigación ya hemos comentado en reiteradas ocasiones qué es la custodia indirecta y más concretamente la custodia indirecta en el hospedaje, consideramos hacer de nuevo una última mención a este concepto a modo de presentación de este apartado dedicado exclusivamente al estudio de ésta. La custodia indirecta es la más frecuente en el CdH, aquella que nace de la mera introducción de los efectos del cliente en el establecimiento, y que da lugar al nacimiento de una obligación legal del hotelero de guardar los bienes que el cliente introduce en el establecimiento y garantizar su integridad. A todo esto, REPRESA POLO¹⁷⁹ califica como indirecta la custodia que pretende poner de manifiesto la falta de posesión inmediata de los bienes por parte del deudor de la obligación. De este modo, se trata de la custodia de cosas que no han sido entregadas expresamente al hotelero para su guarda y custodia, sino que de la estipulación del CdH se desprende la obligación de custodiar los bienes que introduzca el viajero aun en ausencia de la entrega directa de las cosas, obligación que impone la ley en virtud de los 1783 y 1784 CC. En este sentido, el TS dice que *“Al hostelero (empresario profesional/asimilado) se le impone ex lege la obligación de prestar seguridad a sus clientes, actuales y potenciales, respecto de las cosas que éstos llevan consigo (y conservan en su poder), durante todo el tiempo en que permanezcan en el ámbito espacial del establecimiento hotelero”*¹⁸⁰.

De este modo, nace la responsabilidad por la introducción de los enseres del cliente en el establecimiento por la naturaleza del contrato, pues el viajero no puede custodiarlos por él mismo a tiempo completo ya que por lo general en algún momento necesitará salir de las dependencias del alojamiento y será en ese momento cuando la obligación de custodia y la responsabilidad sobre sus efectos pase de él al titular del establecimiento. Como dice JORDANO FRAGA¹⁸¹, *“la responsabilidad es extensible a todos aquellos establecimientos en los que el normal desarrollo de la actividad deudora que allí se desenvuelve, presupone en el cliente una dificultad para proveer a la custodia de las cosas introducidas por necesidad o costumbre en los mismos, y una*

¹⁷⁹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 61.

¹⁸⁰ STS de 27 de enero de 1994, RJ 1994/569.

¹⁸¹ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 519.

mayor facilidad del deudor-empresario para tal custodia. Es decir en todos aquellos casos en que, con arreglo a la buena fe, el pleno disfrute de la prestación principal deba comprender la prestación accesoria de garantía o custodia por parte del titular del establecimiento público en que aquélla se presta". Poco hace falta aclarar al respecto de lo expuesto después de la concisa explicación del profesor Jordano, pues nos queda claro que la custodia indirecta nace como consecuencia de la naturaleza y la actividad en la que se desenvuelve el contrato, dado que el cliente que requiere de alojamiento es generalmente un forastero en el lugar, motivo por el que habrá de trasladar con él en su viaje ciertos enseres necesarios para su día a día, y en el momento en que decida abandonar las dependencias del establecimiento hotelero por los motivos que sean, no podrá custodiar sus pertenencias y será entonces cuando por la obligación que nace de los arts. 1783 y 1784 del CC nazca la obligación de custodia de los efectos introducidos por el viajero en el establecimiento en el responsable y titular del mismo.

Otro aspecto a tratar es la llamada "extensión de la responsabilidad", fundada en una aplicación analógica de la responsabilidad a situaciones similares más allá de la establecida en la ley, ya que *"los contratos no sólo obligan al cumplimiento de lo estrictamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley"* (art. 1258 CC). Este precepto, ya citado anteriormente, es el principal fundamento legal de esta extensión de la responsabilidad que da nacimiento la obligación legal de custodia de los efectos introducidos por el viajero en las dependencias del establecimiento, como extensión de las obligaciones que da nacimiento un contrato más allá de lo estrictamente pactado (el hospedaje en este caso), y de esta manera nace la custodia indirecta en este supuesto, aunque el objeto del contrato sea en principio únicamente celebrar un contrato de hospedaje en el que se pacta un período de alojamiento en el establecimiento a cambio de un precio cierto o determinable¹⁸². Para completar este concepto de extensión de la responsabilidad, según GERI¹⁸³, los principios generales para establecer esta extensión de la responsabilidad son:

- 1- Que se trate de una actividad principal organizada en forma empresarial o profesional, aunque no necesariamente con finalidad lucrativa.

¹⁸² El precio que se paga por el alojamiento en sí es cierto, pero el cliente puede solicitar servicios extra al simple alojamiento por el que la tarifa total de la estancia puede variar.

¹⁸³ GERI, Vinicio, *La R. C. dell'albergatore*, Milán, 1972, Giuffrè editore, p. 217

- 2- Que dicha actividad comporte la asistencia y circulación del público en los establecimientos o lugares en que se presta.
- 3- Que la naturaleza de la prestación sea tal que suponga para el cliente la necesidad de descuidar en alguna medida la vigilancia de sus cosas.

Podemos observar cómo se cumplen los tres aspectos, ya que en el primer caso sí nos encontramos ante una actividad organizada de forma empresarial; en el segundo, dicha actividad comporta la asistencia y circulación del público en el establecimiento; y por último, la naturaleza de la prestación, el alojamiento, implica que el viajero durante su estancia se encuentra fuera de las dependencias en varios momentos en los que el hotelero habrá de hacerse responsable de los bienes de su cliente con el que anteriormente ha estipulado un CdH que implica como ya se ha dicho no sólo el garantizarle un alojamiento, sino la custodia de sus bienes en su ausencia y más obligaciones que no nos interesa comentar. Para acabar con el concepto de extensión de la responsabilidad, concluimos que la responsabilidad por la custodia indirecta derivada de los artículos 1783 y 1784 del CC no se funda en un contrato de depósito como se ha repetido en reiteradas ocasiones, ni en cualquier otro tipo de contrato, de hecho, ni tan siquiera en el de hospedaje, pues puede surgir esta responsabilidad por parte del hotelero sin que haya llegado a celebrarse o ya se haya extinguido; esto es, el clásico ejemplo de la maleta hurtada en el vestíbulo del hotel mientras el potencial cliente indaga la posibilidad y condiciones del hospedaje; o mientras un cliente aguarda el medio de transporte para, una vez concluido, abandonar el hotel¹⁸⁴. JORDANO FRAGA¹⁸⁵ remarca en este sentido que *“nos encontramos en todo caso (con o sin contrato de hospedaje) ante una obligación legal (nacida ex lege, de los artículos 1783 y 1784) que tiene por partes al hospedero y a sus clientes...”*. Por lo tanto, podemos considerar esta obligación de custodia indirecta como una obligación únicamente *ex lege* (arts. 1783-1784 CC), pues su nacimiento viene determinado por la ley y no por ningún tipo de contrato, ni siquiera del de hospedaje, pues esta obligación no es en sí una obligación accesoria al mismo contrato, sino que es una obligación que nace de la ley y se aplica analógicamente al CdH por reunir éste las características que la ley exige

¹⁸⁴ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 96.

¹⁸⁵ JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, Ed. Civitas ediciones S.L., p. 339.

para llevar a cabo una custodia indirecta que, en el caso concreto del hospedaje, será sobre los bienes introducidos por el viajero en el establecimiento.

3.4.1.2- *Ámbito temporal de responsabilidad por custodia indirecta*

Una vez comentados los fundamentos básicos de la existencia de la custodia indirecta, entramos de lleno en el estudio del ámbito en el que se desarrolla, los elementos que la conforman y las consecuencias que pueden acarrear para los diferentes sujetos vinculados a la dicha relación jurídica.

Para el nacimiento de esta relación jurídica son necesarios dos presupuestos básicos¹⁸⁶: por una parte, el ejercicio profesional de la industria de la hostelería, lo que supone el ejercicio de manera habitual o profesional de la profesión; y en segundo lugar, la introducción de los efectos en el establecimiento, remarcando de nuevo, que no nos referimos al supuesto en que el cliente entrega los bienes directamente al hostelero para su custodia, lo que daría lugar a la custodia directa que abordaremos en el siguiente apartado, sino que el cliente en lugar de entregar sus bienes al empresario simplemente los introduce con él en el establecimiento, y por tanto, el empresario no recibe la posesión de los bienes, por lo que no tiene que devolverlos. Respecto a este último punto, existe una controversia (la cual encontramos lógica por la naturaleza de la cuestión) respecto a cuándo tiene comienzo esta responsabilidad, esto es: si con la simple entrada al hotel ya nacería una futura responsabilidad o por el contrario, ésta solo puede tener lugar una vez se ha celebrado el contrato de hospedaje. Como ejemplos, citamos los casos de la clásica situación de maleta hurtada al llegar al establecimiento con la intención de celebrar el CdH, o la misma situación pero esperando el transporte para abandonar el hotel una vez finalizado el contrato, por ejemplo. La doctrina jurisprudencial de forma constante ha admitido que la prestación de la custodia a que viene obligado el hotelero deriva del CdH que celebra con el viajero¹⁸⁷, pero según REPRESA POLO¹⁸⁸, *“parece más acertado decir que la obligación de custodia de los bienes del viajero coincide temporalmente con la duración del alojamiento, es decir, con la de la estancia del viajero en el*

¹⁸⁶ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 99.

¹⁸⁷ Tal y como indican por ejemplo la STS 11/7/1989 (RJ 5598/1989), 15/3/1990 (RJ 538/1990), 27/1/1994 (RJ 569/1994), todas ellas ya citadas anteriormente.

¹⁸⁸ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 129.

establecimiento hostelero; pero, todavía, se puede ser más preciso, afirmando que la responsabilidad del hostelero por custodia de los bienes del viajero se extiende durante todo el tiempo que éstos se hallen en el hotel, o mejor dicho, en la esfera de control del hostelero, ya que puede suceder que vigente el hospedaje el viajero retire del hotel algunos de los bienes previamente introducidos y si éstos sufren daños durante el período en el que se encuentran fuera del recinto hostelero, no se comprenderán dentro de la rigurosa responsabilidad del Código, aunque el contrato de hospedaje continúe”.

Además, el propio 1783 CC señala que la responsabilidad surge con la introducción de los efectos en el establecimiento, por lo que interpretando este precepto de manera flexible podemos determinar que el nacimiento de la responsabilidad podría tener origen con la simple entrada material de los efectos del cliente en el establecimiento¹⁸⁹, pues ya se encuentran éstos dentro de su esfera de control¹⁹⁰, lo que implica, en líneas generales, que el hostelero será responsable de los efectos de los clientes mientras éstos permanezcan en el establecimiento, independiente mente de que el contrato aún no se haya celebrado, esté vigente o ya haya concluido y el huésped esté a la espera de abandonar el establecimiento. De la misma manera, discerniendo entre la llegada o la salida el hotel (en tanto aún no se ha celebrado el contrato de hospedaje como una vez finalizado), respecto del primer supuesto consideramos que siguiendo el principio de buena fe se les impone unos determinados deberes de conducta a las partes para que durante el desarrollo del contrato no se causen lesiones ni a la persona ni a los bienes de la otra parte, lo que es extensible a los tratos preliminares a la celebración del contrato aun cuando no se haya celebrado¹⁹¹. Y aunque lo habitual es que no existan negociaciones previas pues el CdH suele ser un contrato de adhesión, e incluso que el contrato ya haya sido celebrado anteriormente a la llegada al hotel (lo que ya no dará lugar a controversia alguna), en aquellos supuestos en los que el por entonces futurible cliente entre en el hotel para solicitar alojamiento y durante ese período sus bienes sufran daños, será responsabilidad del hostelero que se regirá por los arts. 1783-1784 CC¹⁹². Situación similar se produce en el momento de salida del hotel: algunas

¹⁸⁹ Eso sí, como ya se ha dicho anteriormente, siempre que sean introducidos con conocimiento del hostelero, lo que interpretado de manera flexible no supone entregar los efectos al hostelero ni una comunicación o relación detallada de sus pertenencias, sino que basta con la simple introducción que se haga a la vista del hostelero o sus dependientes, por lo que éstos no responderán por los objetos que se le ocultaron y no tuvo conocimiento de su introducción.

¹⁹⁰ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 129.

¹⁹¹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 129.

¹⁹² REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, pp. 130-131.

disposiciones administrativas autonómicas establecen que el CdH concluye a las 12:00 del último día de estancia contratado, así como que desde ese momento y hasta que el viajero abandone el establecimiento, el hostelero se ve obligado a habilitar una dependencia a los clientes para colocar y guardar su equipaje hasta que abandonen efectivamente las instalaciones¹⁹³. En resumen: en ambos casos, tanto en la entrada como en la salida, el principal fundamento de la responsabilidad del hotelero por el daño o pérdida de los efectos del cliente es la esfera del control, pues en virtud del principio de buena fe el empresario va a celebrar o ha celebrado un contrato con un cliente y, aunque el contrato no se encuentre vigente en ese momento, habrá de velar por su seguridad e integridad tanto personal como de sus enseres en los tratos preliminares o tras la finalización del contrato. Además, en el segundo supuesto comentado, al entregar los clientes sus pertenencias al hotelero pues ya no cuentan con una habitación donde guardarlas, se estaría produciendo un verdadero contrato de depósito en toda regla con el traspaso de la posesión, lo que daría lugar a una nueva figura contractual que conlleva una custodia directa y una serie de obligaciones derivadas de este contrato que estudiaremos en el siguiente apartado.

3.4.1.3- *Ámbito personal de responsabilidad por custodia indirecta*

El art. 1783 CC dice serán responsables los “fondistas y mesoneros”, como tales depositarios por los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Dejando de banda esta segunda cuestión ya solucionada anteriormente, el siguiente precepto incluye, además, la responsabilidad del fondista o mesonero tanto por sus actos, como por los de sus criados o dependientes, así como por los de los extraños. De esta manera, una vez comentado en el apartado anterior en qué momento tiene inicio y fin la responsabilidad por la custodia indirecta, en este presente estudiaremos sobre quién recae la responsabilidad por los daños causados en los efectos del cliente durante ese período de posible responsabilidad.

Por un lado, nos centramos primeramente en el principal sujeto del contrato de hospedaje juntamente con el cliente, el hotelero u hostelero¹⁹⁴. Este sujeto es el

¹⁹³ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 131.

¹⁹⁴ En el Código Civil se le trata de fondista o mesonero, también de posadero, pues no debemos obviar que su redacción se produjo a finales del siglo XIX y el lenguaje no ha estado aislado de los grandes

empresario hotelero, el responsable del establecimiento y por tanto el responsable por todos los daños que puedan surgir, independientemente de la autoría de los causantes. Pero cabe destacar antes de continuar con este apartado una de las cuestiones de mayor relevancia en cuanto a estudio del presente: quién es la persona responsable, ese mesonero o fondista del que habla el artículo 1783 CC y que responde por los efectos del cliente aun no siendo él el autor de los daños. Bien, se ha comentado ya anteriormente la anticuada nomenclatura con la que nuestro código cita a los actuales empresarios hoteleros, pues desde el 1885 en que se aprobó el CC nuestra sociedad ha cambiado considerablemente, y con ella también lo han hecho el lenguaje y la manera en la que se prestan los servicios. Antiguamente, este oficio consistente en hospedar a extraños, se prestaba por los propios fondistas o mesoneros en cuanto empresarios individuales y titulares del establecimiento en que se desarrolla la actividad de hospedaje; sin embargo, actualmente, no se puede obviar que el negocio de la hostelería está regentado, principalmente, por grandes empresas que bajo la forma de personas jurídicas desarrollan la industria hotelera¹⁹⁵, y por lo tanto la responsabilidad caerá sobre la persona titular del establecimiento en el que se ofrece el servicio de alojamiento a personas, que por lo general hoy en día, serán en su totalidad personas jurídicas¹⁹⁶. En este sentido, la Ley 48/1963, de 8 de julio, sobre competencia en materia de turismo¹⁹⁷, califica como empresa de hostelería *“la dedicada de modo habitual o profesional a proporcionar habitación o residencia a las personas, junto o no a otros servicios de carácter complementario.”*

Existe, por otro lado, un debate doctrinal acerca de la condición de profesional requerida para el nacimiento de la responsabilidad por los arts. 1783-1784 CC. Dichos preceptos dan a entender este requisito pues las fondas y mesones son establecimientos dedicados a prestar alojamiento de manera profesional, y así lo refuerza gran parte de la doctrina. Pero por otro lado, encontramos otra parte de los profesionales dedicados al estudio de este contrato que piensan que éste requisito no tiene por qué ser determinante para la aplicación de los citados preceptos. Esto se fundamenta en que en ocasiones, un particular puede prestar alojamiento de forma ocasional y no organizada a un tercero,

cambios que se han producido desde la época hasta el día de hoy en todos los ámbitos ya no sólo en la sociedad, sino en el planeta.

¹⁹⁵ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 92.

¹⁹⁶ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 92.

¹⁹⁷ BOE 10 de julio de 1963, núm. 164, p. 10730.

produciéndose así una situación analógica a la de los preceptos del CC que regulan el hospedaje y que por ende podría dar lugar a la aplicación de éstos. Esta parte de la doctrina defiende que, al igual que en el hospedaje profesional, un huésped se aloja en el establecimiento¹⁹⁸ del que en algún momento saldrá y sus bienes quedarán fuera de su esfera de control, pasando a la del hospedador, en este caso un particular no profesional, que se verá obligado a custodiar los bienes de su huésped, lo que deviene en la obligación de custodia que se deriva de los arts. 1783-1784. Esta posición es defendida por algunos autores como por ejemplo MARTÍN GRANIZO¹⁹⁹, cuando afirma que *“pertenezcan a personas físicas o privadas, aunque no lleve implícita la profesionalidad”*, o ROCA JUAN²⁰⁰, que afirma que *“pudiendo en su caso el juez, si lo estimara conveniente, moderar la rigurosa responsabilidad recogida en dicho artículo y el siguiente”*. Nosotros somos partidarios de abogar por la profesionalidad a la hora de aplicar los preceptos del CC, pues creemos que este sistema de agravada responsabilidad procede del carácter profesional del hospedador que ejerce una actividad económica en la que ofrece un servicio a un tercero que lo requiere y por la que cobra un precio y obtiene (en principio) un beneficio económico, factores que influyen notablemente en un aumento de la responsabilidad pues un profesional siempre ha de actuar con un grado de diligencia superior al de un particular no profesional. Por lo tanto, coincidimos con ROCA JUAN en el sentido de que, si bien podría serle exigida responsabilidad al hospedador no profesional pues de alguna manera está realizando una actividad equiparable al hospedaje, el hecho de que no sea un profesional presupone que no está capacitado ni obligado por ley a actuar con ese grado extra de diligencia, por lo que el juez debería estimar conveniente aminorar la responsabilidad contemplada en los arts. 1783-1784.

Entrando ya de lleno a analizar la responsabilidad del empresario, ya se ha remarcado que el empresario, tal y como dice el CC y siguiendo la lógica empresarial, responderá por cualquier daño a los efectos del cliente tanto si él ha sido el causante como si lo han sido sus empleados o dependientes, o hasta un extraño, pues él es el responsable del negocio y por tanto quien da la cara por lo bueno y por lo malo. De este modo, parece

¹⁹⁸ En este caso probablemente sea el domicilio del particular en cuestión.

¹⁹⁹ MARTÍN-GRANIZO, M, *Comentario a los artículos 1758-1789*, en «Comentarios al Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia», t. VI, dir. por J.L. Albácar López, Trivium, Madrid, 1990, p. 496.

²⁰⁰ ROCA JUAN, Juan, *Comentario a los artículos 1758-1789*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XII vol. 1º, dir. por Manuel Albadalejo y Silvia Díaz Alabart, Madrid, 1982, p. 203.

lógico que el empresario responderá por los daños causados personalmente en los efectos de los clientes, pues si él mismo causa un daño lo lógico es que responda él mismo, siempre y cuando, el viajero haya observado las prevenciones hechas por el hostelero o sus dependientes y que no sean ocasionados por robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor²⁰¹. No obstante, este caso no suele ser muy común en tanto nos encontramos ante una industria hotelera configurada casi en su totalidad por personas jurídicas que, si bien son ellas las que formalizan todo tipo de contratos a los que se presten con los viajeros, la ejecución de las obligaciones que se deriven corresponden a las personas físicas a través de las que actúan en el tráfico, por lo que el posible incumplimiento provendrá generalmente de la actuación de éstas, respondiendo la persona jurídica en todo caso ante el acreedor de la obligación²⁰².

Otro caso muy diferente es el de la responsabilidad del hotelero por los actos de sus criados y dependientes así como de extraños al establecimiento. De nuevo, nos encontramos ante una terminología adecuada que no refleja la realidad actual pues hoy en día resulta ofensivo hablar de criado, incluso de dependiente en función del punto de vista, siendo más recomendables términos como “trabajador” o “empleado”, por ejemplo. Estos trabajadores o empleados son los auxiliares que colaboran, por lo general en régimen de subordinación²⁰³, con el empresario para la ejecución de las tareas que sean necesarias para realizar la actividad económica en su conjunto para la que se crea la empresa, en este caso la empresa hotelera dentro de tal industria. Para JORDANO FRAGA²⁰⁴, el concepto de auxiliar en el cumplimiento se refiere a “*la persona (física o jurídica) que, en cuanto tercero no obligado frente al acreedor, interviene, como colaborador o auxiliar del deudor y por iniciativa o voluntad de éste, en las actividades relacionadas con el cumplimiento de la obligación que media entre dicho deudor y su acreedor*”. Por lo tanto, el auxiliar, en cuanto colaborador o subordinado del empresario, realiza tareas encomendadas por éste para sus intereses y por lo tanto en el desarrollo de esas actividades puede que causen algún daño a las pertenencias de los clientes, de lo que responderá el empresario, lo que daría lugar a un

²⁰¹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 101.

²⁰² REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 101.

²⁰³ Es indiferente, que el auxiliar sea o no dependiente o subordinado del deudor principal, que el auxiliar sea o no representante del deudor o principal (...), o que el auxiliar esté o no obligado frente al deudor al desarrollo de su actividad colaborativa o auxiliar (JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, p.47).

²⁰⁴ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares*, p. 45.

régimen de responsabilidad contractual indirecta. Esta responsabilidad aparece como una “contrapartida” legal que el empresario debe soportar a cambio del aprovechamiento de los beneficios de la división del trabajo²⁰⁵. Cabe remarcar, para ir finalizando el estudio de la responsabilidad del empresario por los actos u omisiones de sus *criados* o *dependientes* tal y como los describe el CC, que el hostelero no responderá en todo caso de la actuación de sus auxiliares, sino que lo hará solo por las mismas causas que lo haría si hubiera ejecutado él personalmente la obligación, por cuanto la medida de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares será la propia obligación asumida por aquel, es decir, el deudor responde en los mismos términos que lo haría de haber actuado él directamente en la ejecución de la prestación²⁰⁶.

Por último, entramos a valorar la responsabilidad del hostelero por los daños causados por un extraño en el equipaje de sus clientes. Entendemos por extraño aquel tercero que no tienen ninguna relación jurídica con el empresario ni con sus auxiliares, sino que se trata de un tercero ajeno a la actividad hotelera que el empresario desarrolla, como podrían ser viajeros, visitantes o acompañantes de éstos, familiares tanto de éstos últimos como del empresario o algún auxiliar, etc... El empresario responde por ellos, lo que es coherente con el régimen de responsabilidad delineado en el art. 1784, que persigue hacerle responder de todos los daños acaecidos en su esfera de actividad, incluidos los daños producidos por extraños, si bien es cierto que esta responsabilidad cesará cuando el hostelero pruebe que la autoría de los daños corresponde a la actuación de un tercero, por considerarse éste un supuesto de caso fortuito que, junto con la prueba del cumplimiento exacto de su obligación de custodia, en definitiva, que se ha producido una ruptura del nexo de causalidad que permite imputarle los daños²⁰⁷.

3.4.1.4- *Causas limitativas y de exoneración de la responsabilidad*

Como ya sabemos una vez llegados a este punto, la responsabilidad no es absoluta sino que puede verse aminorada por varios factores o incluso el hostelero puede quedar liberado de la responsabilidad si se cumplen los requisitos que estudiaremos a continuación. Antes, pero, haremos mención a una cuestión sobre la que no hemos

²⁰⁵ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares*, p. 39.

²⁰⁶ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 105-106.

²⁰⁷ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 108-109.

hablado y que consideramos necesario mencionar de cara a entender la responsabilidad, ya no sólo en el hospedaje, sino ésta en su más estricta naturaleza.

Los arts. 1783-1784 CC establecen el régimen de rigurosa responsabilidad del hotelero por los efectos de sus clientes, pero, no cabe olvidar que pese a esta configuración legal existe la posibilidad de que, en base a la autonomía de la voluntad de las partes reconocida en el 1255 CC²⁰⁸, podamos modificar convencionalmente la responsabilidad que pudiera derivar, no sólo limitándola, sino también excluyéndola o, en algunos casos, aun no siendo tan común como los anteriores, agravándola respecto a los términos previstos en la ley²⁰⁹. Por lo tanto, entraremos a conocer cuáles son los límites a la limitación de la responsabilidad para posteriormente comentar la agravación antes de entrar en materia sobre las posibles causas que puedan exonerar de responsabilidad al hotelero.

Las mayores dificultades respecto de la modificación de la responsabilidad surgen en relación con las cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad, lo que a simple vista puede parecer lógico pues podrían darse ciertos abusos por parte de un empresario que lo que pretende es minorar al máximo las consecuencias que tendría que soportar en caso de que su cliente sufriera un daño que pudiera probarse que tuvo relación causal con su actuación, teniendo en cuenta que ciertos límites darían paso al riesgo de “*abandonar el cumplimiento de la obligación al arbitrio del deudor, que podría incumplirla si quisiese; lo que conceptualmente equivaldría a no obligarle a nada*”²¹⁰. Las maneras más comunes de limitar la responsabilidad tienen forma de acuerdos contractuales que limitan de algún modo el régimen de responsabilidad legal, ya sea limitando las causas de atribución de responsabilidad o limitando el *quantum* indemnizatorio²¹¹. Estas cláusulas, fundamentadas en la autonomía que concede el 1255CC, legitiman a las partes a autorregular el contenido de sus relaciones en la forma que más convenga a sus intereses siempre y cuando se respeten los límites impuestos por dicho artículo y tenga lugar un consentimiento y aceptación libre por ambas partes. Cabe remarcar, que las cláusulas limitativas tienen carácter previo al incumplimiento

²⁰⁸ El contenido de este precepto abarcaría la libertad de las partes a la hora de establecer cualquier vínculo o relación jurídica, así como para la determinación de su contenido objetivo y subjetivo, respetando siempre los límites establecidos por la ley, la moral y el orden público.

²⁰⁹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, pp. 146-147.

²¹⁰ ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, p. 266.

²¹¹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 150.

contractual y nacimiento de la responsabilidad, por lo que se configuran como actos de exclusión de la ley y no como renunciaciones al derecho ya nacido, siguiendo la redacción del art. 6.2 CC (“*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y de los derechos en ella reconocidos [...]*”)²¹².

Como todo acto dispositivo, la modificación de las cláusulas contractuales tienen siempre ciertos límites impuestos por la ley para evitar abusos de derecho, en este caso la ley, la moral y el orden público. Pero junto con estos límites generales impuestos a la autonomía de la voluntad por el propio 1255 CC, el legislador somete los pactos limitativos de la responsabilidad a controles específicos, atendiendo a las circunstancias particulares de cada relación, que pueden exigir el reconocimiento de un control más estricto con el fin de proteger a uno de los contratantes²¹³. En este ámbito, recobra especial relevancia la LGDCU como principal defensa del consumidor, en este caso el huésped, ante un empresario, en hotelero, que se ofrece como prestador de servicios ofreciendo un contrato de adhesión que deja poco margen, por lo general, de actuación al futuro cliente respecto de la modificación de esas cláusulas que podrían ser abusivas, aunque por lo general ya suelen estar adaptadas a los límites del 1255 CC y la LGDCU.

Entrando en materia, respecto el 1255 CC entendemos que no pueden incluirse pactos como por ejemplo la exclusión de responsabilidad por dolo o culpa grave, siguiendo la máxima del art. 1102, que así lo impone “*La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.*”. El fundamento de esta limitación reside en el orden público por cuanto la exclusión del dolo como criterio de imputación supondría la supresión del vínculo contractual, atacando la misma idea de obligación y desvirtuando la propia tutela del crédito²¹⁴. Indica REPRESA POLO²¹⁵ que, aunque no se admita unánimemente por la doctrina, ni se recoja expresamente por la ley, debemos entender que la regla del 1102 CC respecto del dolo puede equipararse a la culpa grave, por las dificultades que se presenta en la práctica la separación de ambos supuestos. La misma posición ha adoptado progresivamente la jurisprudencia como demuestra el TS en varias sentencias “*por la simple circunstancia de especificar que la culpa ha de considerarse como lata y*

²¹² REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 151.

²¹³ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 154.

²¹⁴ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 155.

²¹⁵ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 156.

equiparable al dolo según jurisprudencia”²¹⁶; “*lo que obliga a recordar, ciertamente, que la cláusula de exoneración de responsabilidad por incumplimiento tiene como límite el dolo y la culpa grave*”²¹⁷. Esta última nos deja un ejemplo literal de la idea que buscamos reforzar, que la culpa grave es equiparable al dolo y que ambas, son el límite para la validez de una cláusula limitativa de la responsabilidad que no puede extenderse hasta límites que dejen desprotegida a una de las partes, tal y como dice el 7 CC respecto al abuso de derecho y el daño a tercero. En definitiva, la autonomía de la voluntad reconocida en el 1255 CC tiene como límites aquellos casos que excluyan la responsabilidad por dolo y culpa grave, por lo que tan sólo alcanzará aquellos casos de incumplimiento por culpa reconocido en el precepto 1104 CC, siempre respetando los límites a los que hace referencia el 1255 (ley, moral y orden público), así como tampoco podrán excluirse la responsabilidad de forma absoluta ni la diligencia mínima exigible tanto para el buen padre de familia como para los profesionales, por los motivos que hemos señalado reiteradamente.

Por otro lado, dejando de banda el CC, pasamos a analizar otro texto legal bastante importante en cuanto a cláusulas contractuales que afecten a consumidores, el Código de Consumo Catalán. Tal y como establece el primer artículo, la presente Ley tiene por objeto garantizar la defensa y la protección de los derechos de las personas consumidoras y establecer, en el ámbito territorial de Cataluña, los principios y normas que deben regirlas para mejorar la calidad de vida de las personas consumidoras. Se entiende por persona consumidora y usuaria a las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, así como los socios cooperativistas en las relaciones de consumo con la cooperativa, aunque esto no sea de interés para nuestro estudio. Por empresario, se entiende cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, en la realización de un negocio, un oficio o una profesión, comercializa bienes o servicios o, de cualquier otra forma, actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional. Ya el artículo 112-2 al principio del texto nos recalca las sus intenciones, busca unas relaciones de consumo fundamentadas en la buena fe y el justo equilibrio de las posiciones jurídicas, lo que excluye prácticas comerciales desleales o abusivas y la inserción de cláusulas abusivas en los contratos, lo que nos deja entender que ciertas

²¹⁶ STS 18 de junio de 1990, RJ 1990\4764.

²¹⁷ STS 2 de julio de 1992, RJ 1992\6502.

cláusulas de exoneración de la responsabilidad del hostelero o una limitación excesiva en éstas podría romper el equilibrio de posiciones que se busca proteger en el texto, además de que llegados a ciertos límites también la buena fe podría verse vulnerada. Por otro lado, el artículo siguiente nos habla de la irrenunciabilidad de los derechos protegidos por esta norma, lo que supone una protección para el consumidor que podría renunciar inconscientemente a sus derechos por engaño probablemente del empresario, o aunque lo hiciera voluntariamente y con consciencia de ello, pero si el objetivo de esta norma es proteger los derechos de los consumidores ante actos o situaciones en las que se pudieran ver estos perjudicados, consideramos lógico que la misma ley asegure mecanismos para el cumplimiento de los fines y espíritus con los que se elaboró. Remarcar también la similitud de este precepto con el artículo 6 CC sobre la exclusión voluntaria de la ley aplicable y de los derechos en ella reconocidos, lo que nos da a entender que ciertas cláusulas no podrían ser válidas en cuanto pudieran suponer esa exclusión de la ley y los derechos en ella reconocidos del consumidor aun aceptándolo éste de manera expresa. Por otro lado, respecto a la protección de los intereses y derechos económicos, que es uno de los pilares del objeto de nuestro estudio, el art. 123-2 hace referencia a las cláusulas, otorgando al consumidor el derecho a disponer de unas cláusulas generales o, en otro caso, unas cláusulas no negociadas individualmente y que estén redactadas concreción, claridad y sencillez, con respeto a los principios de buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización en los contratos de cláusulas abusivas, ilegibles o incomprensibles, lo que da lugar a que la redacción de las cláusulas del CdH se produzca de acuerdo por ambas partes y siempre buscando el justo equilibrio de posiciones, lo que suele producirse dentro de la buena fe e impide cláusulas abusivas o perjudiciales para ambas partes o que conlleven prestaciones desmedidas para una de las partes.

Por lo tanto y después de lo comentado, hace falta remarcar algunas cuestiones comunes en la práctica del hospedaje que buscan limitar o excluir la responsabilidad por custodia indirecta de los bienes del viajero. En este sentido destaca la habitual práctica de realizar declaraciones en las que limita su responsabilidad por alguna causa, como por ejemplo avisar a los viajeros de la necesidad de entregar los objetos de valor en depósito mediante carteles y/o señalizaciones, así como cláusulas insertas en la denominada

tarjeta de habitación²¹⁸, excluyendo el empresario en todo caso su responsabilidad si no se cumplen las indicaciones señaladas. Siguiendo lo estudiado hasta el momento, podemos determinar que su validez es más que cuestionable al ser una cláusula que excluye totalmente la responsabilidad del hostelero, lo que en su momento comentamos que sobrepasa los límites normales en el ejercicio del derecho de configurar una relación contractual a través de la autonomía de las partes, que podría causar un daño a la otra parte del contrato pues se vería privada del reconocimiento de sus derechos y la relación contractual se vería limitada en su naturaleza en tanto la custodia de los bienes del viajero es una de las obligaciones inherentes al contrato de hospedaje, y en este caso se estaría eliminando una de sus partes esenciales y por lo tanto se desvirtuaría en gran parte la naturaleza del CdH. Como ya hemos dejado claro anteriormente, este tipo de cláusulas exonerativas de la responsabilidad o limitativas que sobrepasen los límites del art. 1255 CC atacando especialmente a los casos en que la responsabilidad nazca por dolo o culpa grave, raramente serán válidas.

El otro concepto que queremos abordar en este apartado es el de la extinción de la responsabilidad en el hotelero, ya no hablamos de la inclusión de cláusulas o acuerdos en el contrato que puedan limitar o exonerar su responsabilidad, sino que se dan ciertas circunstancias reconocidas por la ley que liberarían al empresario de responder aun cuando se produjera un daño real y efectivo en los bienes del cliente. En este sentido, cobra especial relevancia el art. 1784, así como las normas generales del CC sobre exoneración de la responsabilidad.

Entrando en materia, dicho precepto excusa de la responsabilidad al hotelero en caso de robo a mano armada, lo que se entiende lógico pues se trata de un supuesto de fuerza mayor en el que intervienen unos elementos de imprevisibilidad y violencia que en la mayoría de los casos (por no decir todos) hacen bastante complicado que el hotelero pueda mantener la custodia sobre los bienes y asegurar su protección e integridad en tanto hay otros bienes jurídicos de mucho más valor que los propios efectos del cliente, sean cuales sean, que van desde la integridad física del hotelero o de sus dependientes hasta la propia vida, por lo que consideramos lógico que en tales situaciones el hotelero tenga poco margen de actuación y por tanto no incurra por responsabilidad si derivado de un robo a mano armado los efectos de sus clientes pudieran sufrir algún daño o

²¹⁸ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 166.

pérdida. Por otro lado, hemos de diferenciar el robo a mano armada con otro tipo de sustracciones de los bienes del viajero que sí se incluyen en el ámbito de responsabilidad del hostelero, esto es, respondería tanto del hurto como del robo con fuerza en las cosas o violencia en las personas si para el mismo no se emplean armas²¹⁹, por lo que entendemos que uno de los requisitos de la exoneración de la responsabilidad es la inevitabilidad de la situación, pues un robo a mano armada puede ser inevitable pero un hurto o robo con violencia, por ejemplo, sí son causas que se podrían evitar. De todos modos, como destaca JORDANO FRAGA, “*la diligencia profesionalmente exigible le impone (al hostelero) la adopción enérgica de medidas de seguridad, preventivas, incluso contra atracos a mano armada*”²²⁰, con lo que defiende la idea de que no puede concluirse de forma genérica que el hostelero siempre quede liberado en los supuestos de robo a mano armada, siendo posible apreciar en su conducta en determinados supuestos un incorrecto ejercicio de su obligación de custodia, en cuanto a las medidas a adoptar para procurar²²¹. Así lo defienden algunas sentencias, siempre valorando el comportamiento del hostelero en cada caso, y atendiendo a si la adopción de las medidas de seguridad es acorde a la categoría del establecimiento, es decir, al comportamiento anterior al suceso, por cuanto una vez producido éste sí se hace imposible cualquier tipo de resistencia ante tales medios²²². A modo de ejemplo, en la STS 15/3/1990 el hostelero no queda liberado de responsabilidad pese a producirse un robo a mano armada pues los empleados del establecimiento habían dejado la llave de la caja de seguridad puesta en la cerradura, infringiendo gravemente la diligencia con la que ha de actuar un profesional de la industria hotelera de cara a evitar la causación de cualquier tipo de daño sobre unos bienes que está custodiando.

Otro supuesto de exoneración serían los supuestos de fuerza mayor, tal y como señala el 1784 CC. Tanto este concepto como el de caso fortuito, podemos relacionarlos con el art. 1105 CC “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.*”. De todos modos, debemos recalcar que el caso fortuito queda fuera de la aplicación de este precepto cuando se trate de un hecho acontecido dentro del ámbito empresarial, a modo de ejemplo esta

²¹⁹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 137.

²²⁰ JORDANO FRAGA, F, *Comentario a la STS 27/1/1994*, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», nº34, 1994, p.368

²²¹ JORDANO FRAGA, *Comentario a la STS 27/1/1994*, p.368

²²² REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 138.

STS “Para apreciar concurrencia de caso fortuito ha de tratarse de un evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto, y no procede ante un comportamiento negligente con dotación suficiente de causalidad”²²³, de la que interpretamos que en el ámbito de una actividad empresarial todo riesgo ha de ser minimizado al máximo por la diligencia que se le impone al profesional, que ha de prever todos los riesgos posibles en el ámbito en el que desarrolla su actividad. Por lo tanto, consideramos la fuerza mayor como un supuesto de exoneración de la responsabilidad en las obligaciones, cualquiera que sea el título mediante la que se genere, en este caso respecto de la responsabilidad que podría asumir el hotelero por el daño o pérdida de los efectos que custodia de sus clientes, cuando tuviere lugar un suceso no previsto ni previsible, insuperable, e inevitable por su ajenidad y naturaleza, sin posibilidad de atribuir cualquier tipo de dolo o culpa de su causación al hipotéticamente obligado, en este caso el empresario hotelero. Todo lo expuesto hasta el momento se refleja en la STS que establece “que los hoteleros responden de los casos fortuitos que impidan el cumplimiento de sus obligaciones, aunque no de los casos de fuerza mayor incluidos en los artículos 1783 y 1784”²²⁴.

Otro caso de exoneración de la responsabilidad del hostelero se da cuando la cosa está viciada, es decir, por el propio vicio de las cosas, aplicando analógicamente el art. 1182 CC “Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.”. La redacción de este artículo no deja lugar a excesivas dudas ni interpretaciones, la cosa se ha perdido o dañado sin tener ninguna culpa el deudor, sea por la naturaleza de la cosa o cualquier otro motivo, por lo que sería injusto hacerle responder por este hecho. En este sentido, parecería excesivo entender que entran dentro de los riesgos de la actividad del hostelero, la pérdida o destrucción por vicio de los bienes del cliente, de los que desconoce su identidad y, consecuentemente, no puede adoptar las medidas necesarias para evitar este tipo de daños²²⁵.

Por último, en cuanto a las causas de exoneración del hotelero, incluimos aquellos daños que han sido producidos por culpa o dolo del viajero o de sus acompañantes, algo que parece lógico desde el punto de vista del raciocinio a pesar de que los arts. 1783-1784 no digan nada al explícitamente. Aun así, y a pesar de no hacer una mención

²²³ STS 20 de julio de 2000, RJ 2000/6754.

²²⁴ STS 27 de enero de 1994, RJ 1994/569.

²²⁵ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 136.

expresa a la exoneración de la responsabilidad hotelero por culpa o dolo del viajero o sus acompañantes, consideramos que el art. 1783 sí lo remarca implícitamente, al imponer que los viajeros han de observar las prevenciones que los fondistas y mesoneros les hagan respecto al cuidado y vigilancia de sus efectos, interpretando que les está encomendando una actitud diligente respecto a éstos, por lo que cualquier actuación fuera de estos patrones de conducta se podría considera como una falta de cuidado hacia sus bienes de la que el hotelero no tiene por qué responder.

3.4.2- *La custodia directa de los efectos introducidos por el viajero*

Más allá de la custodia indirecta a la que nos hemos dedicado en el punto anterior, el cliente tiene la posibilidad de entregar al hotelero o a sus empleados algún o algunos objetos con el fin de que le sean custodiados por éstos, lo que daría lugar al supuesto de custodia directa. Esta custodia directa ya no es una mera obligación legal impuesta con carácter accesorio al hotelero por la estipulación de un contrato principal (el de hospedaje), sino que nos encontramos ante un verdadero contrato de depósito que es accesorio de otro principal, por ejemplo, con mucha frecuencia el contrato de hospedaje²²⁶. Más concretamente, REPRESA POLO²²⁷ define la custodia directa como *“en el marco de la relación hospedero-viajero, el término custodia directa es empleado para definir la relación que les une, en virtud de la cual el viajero entrega al hostelero alguna de las pertenencias introducidas en el hotel, con el fin de que las guarde”*. Además, según el 1258 CC, este contrato puede formar parte de la prestación debida por el hotelero y éste no se podrá negar a recibir en depósito y por lo tanto custodiar directamente los bienes que el cliente tenga intención de entregarle si no es por algún motivo justificado (por ejemplo valor desproporcionado, tamaño excesivo, carecer de instalaciones necesarias para el depósito de un bien en concreto, etc...) ²²⁸. Esta justificación está apoyada en el artículo 1776 del CC que justifica la negativa a encargarse del depósito cuando *“El depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante; y, si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación.”*

²²⁶ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 116.

²²⁹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 183.

²²⁸ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 116.

Este supuesto de custodia directa tiene origen, a diferencia de la custodia indirecta, en un depósito. Este es un contrato en virtud del cual una de las partes -depositante- entrega a la otra -depositorio- unos bienes para su guarda y posterior restitución al término de ésta; siendo cualificadores de este contrato los siguientes elementos: la custodia, que aparece como causa o fin del contrato y como su prestación principal, la situación posesoria, que se traduce en la tenencia material del objeto por parte del depositario, lo que requiere dos traslados posesorios, uno inicial de entrega de la cosa y otro final de restitución de la misma, al fin de la guarda y con ella del depósito²²⁹. Una vez contemplada esta definición de depósito, podemos encajar perfectamente la relación jurídica en que nos encontramos en la figura contractual del depósito, dentro del contrato de hospedaje, en tanto encontramos un depositante –viajero- que entrega al depositario –hostelero- unos bienes para su custodia como causa y fin del contrato y en la que obviamente tienen lugar los dos traslados de la posesión de entrega inicial y restitución final de la cosa.

Lo que no está claro como se comentó anteriormente es si este depósito es necesario o voluntario. Por un lado puede considerarse voluntario pues, tiene origen por voluntad del depositante, no hay una obligación legal de realizar el depósito sino que es un acto de mera voluntad del cliente que le entrega al hospedero unos determinados bienes para que éste se los custodie; por otro lado, puede considerarse necesario pues en ambas partes surge cierta limitación en la autonomía de la voluntad: primero en el depositante, pues se ve obligado a depositar los objetos de valor en virtud del artículo 78 de la OM del 68 si quiere que sus bienes gocen de una mayor protección y, sobretodo, que pueda tener derecho a una futura indemnización en caso de daño o pérdida de éstos, caso en que el hotelero habrá de extender el correspondiente recibo como justificante de la entrega; y segundo, el hotelero se verá siempre obligado a aceptar el depósito excepto en los casos que la ley permite eximirse²³⁰, por lo que, aun no de manera estricta, sí que vemos ciertas limitaciones a ambas partes a la hora de decidir celebrar o no el contrato de depósito. Por lo demás, las normas de funcionamiento serán las mismas tanto si se trata de un depósito necesario como voluntario pues no se reconoce en nuestro ordenamiento ningún régimen especial para el mismo²³¹, y en cualquier momento el depositante podrá comunicarle al hostelero su voluntad de revocar el depósito y que la

²²⁹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 188.

²³⁰ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 192.

²³¹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 193.

cosa le sea restituida en las mismas condiciones en que se las entregó. En caso de que no fuera así, se presumirá culpa del depositario, aunque si fuera por causa de fuerza mayor podrá entregarle otra de similar naturaleza que hubiera recibido en su lugar, lo que constituye un caso de subrogación real, bien sea una cosa específica o el valor de la depositada²³².

Concluimos, tal y concluye JORDANO FRAGA²³³, considerando que *“no obstante el distinto fundamento (contractual y legal) en que se apoya la responsabilidad del hostelero por la custodia directa y la indirecta, su régimen de responsabilidad es el mismo: se trata, en definitiva, en ambos casos, de una responsabilidad por custodia, daño, pérdida o sustracción de las cosas (entregadas o introducidas, responsabilidad contractual o legal), de lo que extraemos que realmente, y tal y como se ha comentado anteriormente, las consecuencias son las mismas aunque provengan de un distinto fundamento legal, es decir, es irrelevante que se trate de una custodia indirecta que provenga de la obligación legal que asume el hotelero de custodiar y vigilar los efectos que el cliente no introduzca clandestinamente en su establecimiento en el momento de celebrar el CdH, o que la responsabilidad provenga de un verdadero contrato de depósito en tanto el huésped le entrega al hostelero sus pertenencias de manera directa para su custodia. De manera análoga, consideramos adecuado que el hostelero responda ante su cliente vía arts. 1783-1784 CC independientemente de que se trate de un caso de custodia indirecta o directa, primero; porque que se trata de una actividad profesional que exige una diligencia mayor y por lo tanto un régimen de responsabilidad agravado al depósito ordinario que cualquier persona puede celebrar y que en este caso tendría que actuar el depositario con la diligencia que se le exige al buen padre de familia tal y como así lo establece el apartado segundo del 1104 CC; segundo, porque las mismas normas reguladoras del depósito nos llevan a esta conclusión: el 1766 CC nos remite en cuanto a la responsabilidad por la guarda y custodia de la cosa a lo dispuesto en el título I, relativo a las normas generales sobre incumplimiento de las obligaciones, y es ahí cuando encontramos el citado 1104 CC que en su apartado primero establece que la *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del**

²³² HERNÁNDEZ GIL, *Comentarios a los artículos 1661-1789*, p. 603.

²³³ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 510.

tiempo y del lugar.”, por lo que entendemos que en lo que se refiere a la naturaleza de la obligación nos lleva directamente hacia el contrato de hospedaje y la calificación de la actividad como profesional, lo que aumenta la diligencia con la que habrá de actuar el deudor, en este caso el empresario, lo que da lugar a la aplicación de los arts. 1783-1784 CC a modo de responsabilidad agravada en caso de daño o pérdida de la cosa en depósito. Por lo tanto, la conclusión a la que llegamos después de todo lo expuesto es que la responsabilidad por el daño o pérdida de los enseres del cliente se regirá por los arts. 1783-1784 CC independientemente de que se trate de una custodia directa o indirecta, debido a la naturaleza de la actividad que realiza el deudor, que al ser profesional, requiere un nivel de diligencia mayor en el desarrollo de sus actividades y en sus obligaciones, por lo que habremos de aplicar el sistema de responsabilidad agrava, siendo irrelevante la manera en que tiene nacimiento ese deber de custodia del empresario, bien si es por la mera introducción de los efectos en el establecimiento, o bien porque el viajero haya preferido dejarle los bienes en depósito al empresario para así asegurarse una mayor protección. Para concluir este apartado, mostramos la posición del TS al entender que no existe un verdadero contrato de depósito apartado del contrato de hospedaje, sino que el primero es accesorio del segundo y que el empresario responde vía arts. 1783-1784 CC como supuesto de responsabilidad agravada por su condición de profesional, *“La responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil, fundada en el riesgo profesional o de empresa, nace por el hecho de la introducción en el hotel de los efectos por el huésped, sin necesidad de un previo contrato de depósito y sin requerirse la aceptación del fondista que queda, desde ese momento y hasta la terminación del contrato de hospedaje, responsable por los daños o la pérdida de los efectos introducidos en los términos establecidos en los citados preceptos legales; de ahí que no sea admisible la tesis sustentada por la recurrente sobre constitución de un depósito voluntario de los definidos en el artículo 1.763 del Código Civil a consecuencia de esa entrega de los efectos, ya que la misma trae su causa en el contrato de hospedaje celebrado, no constituyendo por tanto un contrato de depósito autónomo e independiente”*²³⁴.

²³⁴ STS de 11 de julio de 1989, RJ 1989/5598.

3.4.2.1- Especial consideración a los objetos de valor

En lo que respecta a los objetos de valor, por el impacto económico que puede tener su pérdida o deterioro merece un tratamiento aparte, pues considerando la cuestión de manera especial pueden ser muchos los conflictos que se eviten, o si no es así, por lo menos aminorarlos, en el marco del desarrollo de la actividad profesional del hospedaje. En este sentido, la Orden Ministerial 19/7/1968 sobre clasificación de los establecimientos hoteleros reviste especial importancia, pues trata la materia en su artículo 78, regulando algunos aspectos en referencia a la custodia y la responsabilidad del hotelero respecto la pérdida o deterioro de los objetos de valor que los huéspedes introduzcan en el establecimiento. Así, el citado texto normativo establece que *“En todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que, a tal efecto, sean entregados, bajo recibo, por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro en los su puestos y en las condiciones establecidas en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil.* Por lo tanto, observamos la obligación que tiene el hotelero de prestar el servicio de custodia respecto del dinero u objetos de valor de cara a garantizar una mayor protección y seguridad en dichos bienes, debido a que la naturaleza de éstos daría lugar a un perjuicio considerablemente mayor para los clientes en comparación con otras pertenencias de menor valor que no requieren tal servicio de custodia, si tales efectos sufrieran algún daño o pérdida, por lo que consideramos totalmente razonable que para los efectos de un valor considerablemente elevado se contemple un servicio de custodia de cara a prestar una protección mayor a estos enseres y así proteger más si cabe los derechos del cliente y mejorar el servicio que ofrece el empresario, con la posterior repercusión en el mercado. Cabe remarcar, que esta obligación de custodia no es absoluta, pues como ya se ha comentado anteriormente pueden darse casos, puntuales, en que el empresario pueda negarse a recibir los bienes en custodia si tal custodia supusiese un desequilibrio demasiado grande en las prestaciones de ambas partes, entre otros casos. El citado precepto acaba en su punto tercero remarcando que *“En todas las habitaciones, apartamentos o suites, y en lugar que permita su lectura sin dificultad, figurará la indicación en los idiomas español, francés, inglés y alemán, de que el establecimiento no responde del dinero, alhajas u objetos de valor que no sean depositados en la forma establecida en el número primero de este artículo.”* Dado que el primer punto de este artículo establece la obligación al empresario de aceptar la custodia de los objetos de

valor del cliente que le sean entregados en depósito, este tercer punto nos presenta las causas de exoneración de la responsabilidad del empresario respecto a los posibles daños en los objetos de valor de sus clientes, cumpliendo una función análoga a la del artículo 1784 CC, una vez faculta al empresario a advertir al cliente por medio de las indicaciones correspondientes y en los idiomas señalados²³⁵, de la necesidad de hacer entrega al responsable de los objetos de valor pues en caso contrario no se hacen responsables los dueños del establecimiento. En caso de que el hotel no advirtiera a sus clientes de la exoneración de la responsabilidad tal y como indica el presente artículo, asumiría la responsabilidad por los objetos de valor de sus clientes pues si no les advierte de tal circunstancia no puede el empresario pretender no responder sin producir una considerable indefensión en sus clientes, que desconocen tal precaución. Reforzando esta postura, la AP de Cádiz considera que *“De acuerdo con estas normas, el hotelero será responsable de la sustracción de objetos que tenga lugar en su establecimiento cuando los que allí se alojen les informen de los efectos introducidos y observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de los efectos. En consecuencia, el hotelero queda eximido de responsabilidad no sólo en los casos de fuerza mayor o robo a mano armada del artículo 1.784 del Código Civil, sino también cuando los viajeros no observen las prevenciones que se les impongan en el cuidado y vigilancia de los efectos introducidos”*²³⁶, esto es, en esta sentencia la AP de Cádiz exime de responsabilidad por el robo de unas joyas a un hotelero que había cumplido con la obligación de advertir que no se hace responsable por los objetos de valor que no le sean entregados que le impone la OM del 68 que, por su parte, habían incumplido los clientes pues no sólo no le habían entregado tales joyas al hotelero para su custodia, sino que ni siquiera habían dado conocimiento de la existencia de tales objetos de valor ni de su introducción en el hotel, por lo que no cabría responsabilizar al empresario por la desaparición de las joyas en tanto no se cumple la ley y se pretende imponer al hotelero un sistema de responsabilidad más agravado de lo que corresponde, aun siendo un profesional, pues si bien ha de actuar con tal diligencia, no deja de ser una persona que no tiene poderes sobrehumanos de cara proteger y prevenir de cualquier daño que pueda sufrir un tercero que ni colabora para tal fin ni cumple con la ley .

²³⁵ Los de más relevancia turística en el momento, pues hoy en día cabría añadir algún otro como por ejemplo el ruso, entre otros.

²³⁶ SAP Cádiz de 19 de julio de 2004, JUR 2004\293531.

Para REPRESA POLO²³⁷, el artículo 78 de la OM “no supone un cambio en el sistema de responsabilidad delineado en el Código Civil, por cuanto obliga a responder al hostelero ilimitadamente conforme a los artículos 1783-1784 CC, tanto en los supuestos de custodia indirecta como en los supuestos de custodia directa, por los objetos de valor a cuya custodia viene obligado, exonerándole cuando los clientes no los entreguen en depósito si previamente les ha advertido, lo que no supone más que una repetición de la idea consagrada en el artículo 1783 CC, que exige para el nacimiento de la responsabilidad que el viajero observe las prevenciones que sobre el cuidado de los bienes le realice el hotelero”. En relación a esta cita, continúa la autora que “la vía elegida para moderar la responsabilidad del hostelero no ha sido la más acertada, resultando lo deseable que el legislador hubiera emprendido una reforma del Código en la línea del resto de países europeos, introduciendo la consabida distinción entre responsabilidad por custodia directa e indirecta”²³⁸.

Esto es así pues parece que en este caso el artículo de la OM aparece como un limitador de la responsabilidad del hostelero pues, de entrada, da la sensación que nos podríamos encontrar ante un conflicto de normas en cuanto el artículo 78.3 de la OM exonera al responsable del hotel del deterioro o pérdida que pudieran sufrir los objetos de valor que no le hayan sido entregados (“[...] el establecimiento no responde del dinero, alhajas u objetos de valor que no sean depositados en la forma establecida en el número primero de este artículo.”), a la vez que el CC en su artículo 1783 obliga al hospedero a responder por ellos (“[...] Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, [...]”). De la lectura de dichos preceptos puede surgir confusión acerca de la atribución de responsabilidad respecto la pérdida o deterioro de los objetos de valor, pero tanto la tesis de algunos autores como la nuestra venimos a defender es que, de alguna manera, la OM y el CC vienen a decir lo mismo, pues la OM establece que el hotel habrá de dejar constancia “En todas las habitaciones, apartamentos o suites, y en lugar que permita su lectura sin dificultad, figurará la indicación en los idiomas español, francés, inglés y alemán [...]” (recálquese de la literalidad del precepto la importancia que se le da a este aspecto) de la necesidad de hacer constar la advertencia de que el hotel no se hará responsable de los objetos de valor si no le son entregados al hotelero, a su vez que el 1783 CC establece que “[...]y que los viajeros, por su parte, observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho

²³⁷ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 29.

²³⁸ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 29.

sobre cuidado y vigilancia de los efectos.”. De la lectura de estos dos artículos podemos extraer que la OM viene de alguna manera a complementar la responsabilidad exigida al hotelero por el 1783 del CC, pues si bien es cierto que por un lado la OM exonera de responsabilidad al hospedero en caso de que no le sean entregados los objetos de valor, y el 1783 considera al hospedero responsable por los efectos introducidos, la OM no hace otra cosa que complementar lo que el precepto del CC establece, que los responsables del establecimiento serán responsables sólo cuando los viajeros hayan observado las prevenciones que los responsables del establecimiento les hagan. Por lo tanto, a la hora de determinar la responsabilidad, habrá que atenerse a los criterios aplicables a las diferentes situaciones para determinar la responsabilidad sobre la pérdida o deterioro y en qué grado concurre.

Resumiendo lo expuesto hasta el momento, llegamos a una conclusión final concisa: la OM del 68 en su artículo 78.3 exonera de responsabilidad al responsable del establecimiento por la pérdida o deterioro de los objetos de valor que no le hayan sido entregados para su custodia; mientras que el CC en su artículo 1784 CC enumera las causas por las que se exonera de responsabilidad al hospedero en caso de pérdida o deterioro de los bienes del viajero, entre las que no se encuentra la no entrega de los objetos de valor al responsable del hotel aunque así se haya indicado. Por lo tanto, según la OM el hospedero quedaría exento de responsabilidad mientras que según las normas del CC sí que sería responsable; llegados a este momento, tanto diversos autores como el TS y nosotros en esta investigación, consideramos que si bien la OM goza de cierta lógica y ánimo de configurar una relación jurídica entre viajero y hospedero, no puede desatenderse que, primero, una norma administrativa carece de rango jerárquico para contradecir a una norma con rango de ley como es el CC, por más que intente ampliar el contenido de lo dispuesto en éste y partiendo de él, pues desde luego si bien la idea es buena, no se han empleado los medios necesarios para gozar de la máxima efectividad; y segundo y para acabar, tal y como hemos comentado anteriormente, la necesidad recogida en el 1783 CC respecto a que el viajero tenga en cuenta las advertencias que le haga el hotelero da lugar a que el mandato de la OM de informar al cliente por diversos medios de que el hotel no se hará responsable de los objetos de valor si no se le entregan al responsable para su custodia, configura con total lógica la

relación entre ambos preceptos, pues la OM viene a complementar un mandato establecido por un precepto de una norma de rango superior respecto a ella, el CC.

3.5- Cajas de seguridad

No podemos tratar la responsabilidad del hotelero por los efectos de los clientes sin antes comentar lo referente a las cajas de seguridad como elemento de depósito de los efectos introducidos por los viajeros (especialmente de los objetos de valor) en el establecimiento como otro aspecto que se merece comentar, puesto que son varios los supuestos en que encontramos controversia jurídica, dado que son de importancia en el tráfico hotelero y por ende, en el tráfico jurídico del hospedaje. Y claro está, que la instalación de estas cajas responde a la obligación de custodia de los efectos de los clientes introducidos en el establecimiento que la ley impone al hotelero, y con la que da cumplimiento no sólo a lo establecido por la ley, sino también a la diligencia con la que ha de actuar el buen empresario, que ha de velar por que el cliente reciba los mejores servicios y su estancia en el hotel sea lo más cómoda y tranquila posible, así como garantizar la seguridad de sus efectos personales, que es lo que nos incumbe de cara a nuestro estudio.

La primera referencia a las cajas de seguridad en los hoteles aparece en el artículo 78.2 de la OM del 68, que decía en su segundo apartado *“Sin perjuicio de la obligación a que se refiere el número anterior, en los establecimientos de cinco y cuatro estrellas existirán cajas fuertes individual es a disposición de los clientes que deseen utilizarlas, a razón de una por cada veinte habitaciones, salvo que se encuentren instaladas en éstas.*

De la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en las citadas cajas fuertes no serán responsables los hoteleros, a no ser que mediare dolo de ellos o de sus empleados.”

De la lectura de este precepto, observamos se exige a determinado tipo de establecimientos (4 y 5*)²³⁹ la colocación de una caja fuerte por cada veinte habitaciones o una caja fuerte en cada habitación, a gusto del responsable del establecimiento, de las que no se harán responsables respecto la pérdida o daños de los

²³⁹ Dicha obligación fue extendida a los hoteles de 3* por el R.D. 1634/1983 de 15 de junio

efectos en ellas introducidos excepto que medie dolo por parte del hostelero o sus empleados. También cabe resaltar que hoy en día podemos encontrar estas cajas de seguridad en hoteles de menor calificación que los nombrados, y que no están obligados a ello, pero se hace principalmente por decisión organizativa del establecimiento como consecuencia de los usos y costumbres en el sector hotelero a lo largo del tiempo y para ofrecer a los clientes un mayor número de servicios que hagan de su estancia en el sitio una experiencia lo más agradable posible²⁴⁰. En este apartado de nuestro trabajo, al contar con un elemento no personal que por sí mismo puede servir para guardar los efectos del viajero, intentaremos, entre otras cuestiones, llegar a la conclusión de si se trata de una custodia directa, indirecta, o si por otro lado, da lugar a una nueva clase de custodia²⁴¹, en referencia a la responsabilidad del hostelero por la pérdida o sustracción de los efectos que el cliente haya introducido en las cajas y qué papel juegan ambos en la custodia y posible responsabilidad por la pérdida o deterioro de los efectos en ellas introducidos. Controversia, que encontramos razonable pues no se dan los elementos naturales para la constitución de un depósito: no existe depositario y por ende no se produce el traslado posesorio característico del depósito, al contrario, es el propio cliente que hace uso de la caja fuerte a su gusto sin, además, dar conocimiento al hotelero de cuáles han sido los objetos introducidos en ella.

Atendiendo a lo expuesto por la profesora REPRESA POLO²⁴², nos podemos encontrar en tres situaciones distintas respecto de las cajas de seguridad de los hoteles, que pueden tener lugar de manera individual o concurrir entre ellas, y en función de una u otra se tendrá que atender a diferentes criterios y consideraciones, pues la diferencia de la combinación de elementos que se dan en cada uno de los diferentes contextos traen consigo causalmente diferentes problemáticas jurídicas. Las tres situaciones que analizaremos son:

1. Cajas de seguridad individuales instaladas en las habitaciones y de uso exclusivo del cliente, se corresponderían con el cumplimiento de la orden contenida en el artículo 78 O.M. citada.

²⁴⁰ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 199.

²⁴¹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 199.

²⁴² REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 200.

2. Caja de seguridad central, en la que el hostelero introduce los objetos que le han sido confiados en custodia por el viajero.
3. Cajas de seguridad individuales, ubicadas bajo control del hostelero, pero para uso exclusivo de los viajeros.

3.5.1- *Cajas de seguridad individuales en las habitaciones*

La instalación de cajas de seguridad dentro de la habitación del hotel se ha convertido en una práctica comúnmente extendida, ya sea por el mandato legal, en aquellos establecimientos que vienen obligados a ello, ya sea por decisión empresarial en cuanto a los medios de organización de la actividad hostelera y con el fin de ofrecer un mejor servicio a los clientes²⁴³. Como veremos a continuación, este primer supuesto será el que más problemas nos plantee respecto a la responsabilidad del hospedador, pues no tenemos claro qué tipo de custodia se da y por tanto, a quién y cómo atribuimos la responsabilidad por la pérdida o deterioro de los efectos en ella introducidos y en qué grado.

En este primer supuesto el funcionamiento suele ser el mismo: el cliente tiene a su disposición una caja fuerte en su habitación, y en cualquier momento puede introducir en su interior los objetos que desee, siempre y cuando decida hacerlo pues se trata de una opción facultativa²⁴⁴, sin, por lo general, dar cuenta de ello al hostelero. El hostelero instala estas cajas fuertes en la habitación para cumplir con la ley además de ofrecer un mejor servicio al cliente, y habitualmente en el precio del hospedaje estará ya incluido este servicio, aunque también puede darse que el viajero tenga que pagar un precio a parte por su utilización²⁴⁵, lo que requiere un nuevo acuerdo entre las partes y por tanto la posibilidad de que se den nuevas y diferentes responsabilidades. Pero por el momento, dejaremos este segundo supuesto a parte y nos centraremos en la utilización

²⁴³ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 29.

²⁴⁴ No está obligado a introducir sus enseres en las cajas de seguridad, pero habrá de seguir las recomendaciones que el hotelero le haga respecto del cuidado de sus bienes si quiere obtener alguna indemnización en caso de daño o pérdida de sus bienes. Si por ejemplo no introduce los objetos de valor que el hostelero previamente, o en la tarjeta de habitación o mediante cualquier otro medio, le ha advertido que introduzca en la caja y posteriormente sus efectos sufren cualquier desperfecto, sus derechos quedaran sensiblemente limitados en diferencia a si hubiera seguido todas las pautas indicadas por el empresario.

²⁴⁵ En este caso nos encontraremos ante un contrato de caja fuerte, que será estudiado más adelante.

de la caja fuerte instalada en la habitación sin tener que realizar ningún contrato ni pago extra por su servicio. De esta manera, podemos encontrarnos ante la situación de que un objeto introducido en la caja de seguridad de manera unilateral y sin dar conocimiento de ello al responsable del establecimiento ha desaparecido. En este momento, tendremos que empezar a considerar quién asume la responsabilidad y en función a que normas. Lo primero que tenemos claro es que no nos encontramos en un caso de custodia directa puesto que en ningún momento el cliente le entrega los bienes al empresario para que éste se los guarde y devuelva una vez solicitados por el cliente, sino que éste los introduce en la caja fuerte sin generalmente dar cuenta de ello al hospedero ni comunicarle qué bienes ha introducido.

Como se dijo anteriormente, el primer precepto legal que trata las cajas de seguridad en el ámbito del hospedaje es el artículo 78 de la OM en su punto segundo, que como ya hemos comprobado anteriormente respecto los objetos de valor, en este caso el citado precepto aparece en un primer momento ejerciendo un papel limitador respecto la responsabilidad del empresario, pues la OM señala que de la pérdida o deterioro de los objetos introducidos tan sólo responderá el hostelero cuando medie dolo de él o sus empleados, lo que entra en conflicto con las normas del CC que tan sólo contempla como causas de exoneración de la responsabilidad aquellos casos de fuerza mayor o procedentes de robo a mano armada. Entendemos, como anteriormente se dijo, que una norma de rango administrativo no puede prevalecer ante una con rango de ley, como así lo refuerza el TS considerando que *“Sin embargo, tal disposición, de carácter administrativo, no obsta a la aplicación a este caso ahora contemplado del art. 1784 del Código Civil, que, como ley aplicable, tiene carácter preferente en la jerarquía legislativa a las normas administrativas”*²⁴⁶. Refuerza también nuestra postura MARTÍN-GRANIZO²⁴⁷, considerando que que la OM *“no puede prevalecer sobre la imperativa responsabilidad que señalan los artículos 1783-1784 del Código Civil, dado que en todo caso supondría una renuncia nula por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.2 en relación con el 1784 del Código Civil, que imponen en estos casos la obligación de indemnizar; y todo ello, sin olvidar algo fundamental, cual es que la renuncia, incorporada al título preliminar del Código civil, por la reforma en el mismo introducida a virtud del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo es en estos casos abdicativa*

²⁴⁶ STS 15 de marzo de 1990, RJ 1990\1696.

²⁴⁷ MARTÍN-GRANIZO, *Comentarios al Código Civil*, p.

y recepticia, exigiendo por tanto, una expresa manifestación de voluntad, en este caso, del viajero, dirigida a quien tiene la obligación de responder, o sea, al hotelero, posadero, etc... ”.

Una vez llegados a la conclusión de que prevalece el régimen de responsabilidad configurado en los arts. 1783-1784 a la OM, entramos a conocer más profundamente la responsabilidad respecto de las cajas de seguridad introducidas en las habitaciones, pues si bien es cierto que encontramos parte de la doctrina que está de acuerdo con el régimen limitador establecido en la OM²⁴⁸, nosotros somos partidarios de abogar por el régimen de responsabilidad del CC, en tanto entendemos que vuelven a darse los elementos naturales de la custodia indirecta del hospedador sobre los bienes que llevamos comentando a lo largo de nuestro trabajo: esto es, creemos que se produce la normal entrada de los efectos del cliente en el establecimiento en tanto no los introduzca de manera clandestina, por lo que nacerá la obligación de custodia indirecta de los enseres en el hotelero, que actuando con la diligencia de un profesional deberá evitar cualquier daño que pueda producirse en los objetos de sus clientes, independientemente de que se encuentren o no en una caja de seguridad, con la diligencia con la que ha de actuar el profesional y que se encuentra reconocida en la responsabilidad agravada contenida en los arts. comentados reiteradamente de la legislación civil.

El principal problema que encontramos es el de probar qué objetos se encontraban dentro de la caja fuerte, dado que, como en otros muchos ámbitos del Derecho, en el hospedaje la prueba es uno de los principales problemas, y en este caso nos resulta sumamente complicado comprobar qué objetos fueron introducidos en la caja que se encuentra en la habitación pues el hospedador no se encuentra dentro de ella ni tiene conocimiento de lo que acontece en su interior. Por lo tanto, lo más adecuado es encontrar un sistema que intente conciliar ambas posturas, encontrar un equilibrio entre los derechos de uno y las obligaciones del otro por cuanto no puede exigirse que el empresario responda de cualquier bien u objeto de valor que sea reclamado por el huésped sin que éste lo haya puesto en su conocimiento para que pueda prever las medidas de seguridad oportunas, pudiendo intervenir la picaresca de reclamar lo que ni

²⁴⁸ Véase SÁENZ DE SANTAMARÍA (*Cajas de Seguridad en hoteles*, ob. cit., pp. 747 i SS) entendiendo que los objetos depositados en las cajas no son puestos en conocimiento del hospedador y quedan bajo la guarda y custodia del viajero, por lo que es éste quien se hace responsable de su pérdida o de los daños que sobre los mismos pudieran producirse

quiera se ha traído, ni tampoco, que al disponerse en la habitación del hotel de una caja fuerte como medida de seguridad singular para prevenir la pérdida de esos bienes de especial valor, la desaparición de los mismos inhiba de responsabilidad a quien tiene la obligación de responder por ellos²⁴⁹. Entendemos, que un primer paso para este resolver el problema probatorio es poner en conocimiento del hostelero los objetos que se pretenden introducir en la caja fuerte de la habitación, insistiendo en que *“cuando se trate de alhajas, dinero y objetos de valor, el requisito de poner en conocimiento del fondista los efectos que lleva el viajero, no se cumple con la mera introducción no clandestina, sino que se exige mostrarlos efectivamente en la recepción, para a continuación depositarlos en la caja fuerte. El incumplimiento de este requisito acarrea la exoneración de la responsabilidad del hotel”*²⁵⁰. No obstante, también se reconoce la posibilidad de que el perjudicado, a quien corresponde la carga de la prueba, pueda utilizar cualesquiera de los medios de prueba reconocidos en nuestro Derecho para probar que los bienes que reclama han sido introducidos en el hotel y que es ajeno a su menoscabo o desaparición, como podrían ser por ejemplo vídeos caseros o fotografías realizadas durante la estancia del huésped²⁵¹.

Una vez solucionado el problema de la prueba, llegamos a la conclusión de que el cliente ha de actuar de manera diligente de cara a asegurarse la máxima indemnización posible, esto es: ha de cumplir con todas las medidas de seguridad posibles a su alcance y con las advertencias que le haga el hostelero, con el fin de que su actuación sea la más adecuada a derecho y limitar al mínimo su culpa para así aumentar la del empresario, que como hemos señalado responderá siempre, en función del caso en mayor o menor grado, excepto en los casos contemplados en los arts. 1783-1784 CC.

En definitiva, una vez estudiado el contrato de caja fuerte instalada en la habitación del hotel, llegamos a la conclusión de que el art. 78.2 de la OM, si bien tiene el espíritu y finalidad de configurar la relación entre el cliente y el hospedador en los supuestos de caja fuerte, sin entrar a valorar si su contenido es o no acertado, consideramos que no

²⁴⁹ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 129.

²⁵⁰ BARRERA PÉREZ, M., *Responsabilidad de los hoteleros por los vehículos introducidos en sus establecimientos. Comentario a la SAP de Sevilla de 2 de junio de 2004, AC 2004/1082*, en «Revista de Derecho Patrimonial», núm. 14, 2005, p. 242.

²⁵¹ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 130.

resulta de aplicación al contemplar la exoneración de los hoteleros como responsables por los daños o pérdidas que sufran los enseres de los clientes introducidos en ellas siempre y cuando éstos no actúen con dolo o culpa. Consideramos erróneo este planteamiento primero, porque dicho precepto choca con lo establecido en los arts. del CC respecto del depósito necesario de los fondistas y mesoneros y sus causas de exoneración, prevaleciendo estos últimos en virtud de la jerarquía normativa; y segundo, porque consideramos este supuesto como otro más en los que se cumplen los requisitos de la custodia indirecta que ya hemos estudiado: introducción de los efectos del cliente en el establecimiento, que se requiere no clandestina, y por tanto nace el deber de custodia en el hostelero en virtud de su condición de profesional que no puede permitir que ocurran ciertos sucesos perjudiciales para sus clientes dentro de su esfera de control por el riesgo que conlleva llevar a cabo una actividad empresarial y que sólo podrá exonerarse de responsabilidad en sucesos de fuerza mayor. A modo de ejemplo de lo expuesto, la SAP de Girona²⁵², remarca la obligación que tiene por un lado el fondista, de custodia –directa o indirecta según el caso- de los efectos introducidos por el cliente en el establecimiento, mientras que a la vez destaca la obligación de los clientes de observar las medidas de seguridad establecidas por los primeros *“tanto si el fondista u hotelero asume su obligación de guarda de los objetos del cliente de una forma personal o si lo hace a través de las cajas de seguridad que instala en la habitación del hotel, el cliente debe observar las medidas de seguridad establecidas por aquellos”*, para concluir que *“debe ser estimado el recurso en cuanto a este motivo, debiendo apreciarse incumplimiento contractual de la demandada, al no observar sus empleados el deber de vigilancia, en los términos que les eran normalmente exigibles, para evitar el acceso de terceras personas al apartamento del actor, y el subsiguiente robo de los objetos depositados en la caja de seguridad.”*, lo que nos resuelve la duda planteada en este apartado: una vez el cliente ha actuado diligentemente y cumplido con las advertencias hechas por el hotelero, éste, al ejercer una actividad profesional, tiene un deber de diligencia mayor y habrá de emplear todas las medidas a su alcance para prevenir cualquier daño en los efectos de sus clientes, quedando liberado totalmente de responsabilidad solamente en supuestos de fuerza mayor como establece el 1784 CC. En el caso presentado, los clientes introducen sus efectos en la caja fuerte de la habitación del apartamento y les son sustraídos por terceros, por lo que, actuando ellos

²⁵² SAP Girona de 5 de mayo de 2006, AC 2006\1742.

con las precauciones debidas para evitar un daño como son introducir sus efectos en la caja fuerte y así dotarlos de una mayor seguridad, responde el empresario por no evitar en el marco de su actividad profesional la entrada indebida de terceras personas que causan un daño a aquéllas con las que el hostelero mantiene un vínculo contractual.

3.5.2- *Caja de seguridad central*

En este segundo supuesto en relación con las cajas de seguridad de los hoteles, nos encontramos ante la caja fuerte central del hotel, esto es; según la OM del 68, los hoteles a los que la ley se lo imponga, y el resto de manera voluntaria, tendrán que poner a disposición de los clientes el uso de cajas fuertes para que depositen los objetos de valor que porten consigo. Por lo tanto, el requisito indispensable es cumplir con la ley, de manera que a falta de una caja fuerte instalada en cada habitación (hoy en día lo más común), el hotel puede disponer de una caja central de la que el responsable sea directamente el hotelero, que es quien controla el mecanismo para abrirla e introduce los efectos de los viajeros. Por lo tanto, por la mecánica del funcionamiento de este depósito podemos llegar a la conclusión de que en este caso nos encontramos ante una clara custodia directa, esto es; al no tener la habitación caja fuerte propia, el viajero decide entregarle al hotelero los objetos de valor que porta consigo para que se los consigne en la caja fuerte del hotel, sobre la que el hostelero tiene el control y es él quien en todo momento controla lo que entra y sale, por lo que de la naturaleza de los hechos se extrae un claro contrato de depósito que da lugar a una custodia directa según todo lo estudiado hasta el momento: el viajero –depositante- le entrega los bienes directamente al hotelero –depositario-, produciéndose así el traslado de la posesión necesario para que tenga lugar el contrato de depósito, y el empresario se los custodiará hasta que el cliente decida reclamarlos. Por lo tanto, después de lo estudiado llegamos a la conclusión que sobre esta custodia directa dará lugar a la aplicación de los arts. 1783-1784 CC respecto de la responsabilidad agravada por la condición de profesional en tanto se produce una entrega de los bienes al hotelero, que conoce cuáles son éstos y que habrá de restituir al cliente en las mismas condiciones en que lo recibió.

3.5.3- Contrato de cajas de seguridad

Pese a no ser habitual en el tráfico jurídico, queremos acabar nuestro punto dedicado a las cajas de seguridad hablando del contrato de caja seguridad. Junto con las cajas de seguridad instaladas en las habitaciones y la caja central del hotel bajo custodia del hotelero, podemos encontrarnos ante un nuevo supuesto: cajas de seguridad individuales instaladas bajo control del hostelero²⁵³. Para aclarar este nuevo concepto, se trata de cajas de seguridad individuales que podrían ser similares a la caja fuerte central en tanto no se encuentran en las habitaciones pero no es el hotelero quien tiene el control de la llave y manipula todos los objetos que entran y salen, sino que son los propios clientes los que tienen la llave e introducen y retiran los objetos sin dar cuenta de ello al hostelero, por lo que desaparecen los elementos típicos del contrato de depósito y descartamos ya de inicio la posibilidad de que tenga lugar una custodia directa de los bienes introducidos en la caja fuerte por parte del hostelero. De todos modos y para ser más exactos, podemos definir el concepto de contrato de cajas de seguridad como *“aquél por cuya virtud un banco se obliga a poner a disposición de un cliente un compartimento cerrado, empotrado dentro de una cámara acorza integrada en el inmueble de su establecimiento, que de estar revestida de las características, el nivel mínimo de resistencia y las medidas de seguridad prescritas por la buena técnica o, en su caso, impuestas por los poderes u órganos competentes, permitiéndole el acceso a la misma en las condiciones pactadas, a cambio de la percepción de una remuneración proporcional a sus dimensiones y al tiempo de duración”*²⁵⁴, aunque REPRESA POLO especializa esta definición al hospedaje especificando que *“en este caso no se requiere el reforzamiento de las medidas de seguridad del espacio donde se ubican las cajas, es decir, no es preciso como se desprende de la definición expuesta que las cajas se hallen en una zona acorazada; además, la caja de seguridad del hotel cuenta con una única llave que se entrega al viajero cuando contrata el servicio, mientras que el Banco tiene que disponer de un doble juego, una de las cuales pone a disposición del cliente y la otra se retiene en la propia Entidad Bancaria”*²⁵⁵.

²⁵³ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p.204.

²⁵⁴ GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, Eduardo, *Régimen jurídico del contrato bancario de cajas de seguridad*, Comares, Granada, 2007.

²⁵⁵ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 205.

Para empezar, debemos señalar que no encontramos referencias expresas al servicio de cajas de seguridad prestado por establecimientos hoteleros, teniendo que acudir para el estudio de estas figura que nos disponemos a estudiar principalmente a los usos configurados en la práctica, las condiciones generales por las que se celebra el contrato, así como con el contrato bancario de cajas de seguridad por la similitud entre ambas figuras²⁵⁶. Añadida a esta ambigüedad respecto a la naturaleza jurídica de las cajas de seguridad, aparece la problemática acerca de la naturaleza de la prestación del servicio, esto es: si se trata de un contrato de depósito, de arrendamiento de caja, o por otro lado tiene lugar el nacimiento de un nuevo contrato²⁵⁷. Nosotros presentaremos las distintas posiciones a continuación, antes de decantarnos por una postura u otra.

Respecto la posibilidad de considerar la utilización de la caja de seguridad como un contrato de depósito, sus defensores mantienen que la causa de este contrato es la custodia sobre los bienes introducidos en la caja, por lo que la consecuencia natural sería considerar un contrato de depósito en el que se produce una custodia indirecta al no poseer el depositario los bienes²⁵⁸. Nosotros no consideramos adecuada dicha postura, pues a lo largo de nuestro estudio hemos comentado reiteradamente qué es un depósito y cuáles son los requisitos para su nacimiento, y no encontramos en este supuesto suficientes argumentos para considerar la introducción de los bienes en estas cajas de seguridad como tal depósito, pues si bien es cierto que la función de estas es guardar los objetos que los clientes introducen en su interior, lo que sí se asimila al depósito, no se produce ningún traslado posesorio ni el hostelero tiene conocimiento de qué, cuándo y cómo se introducen los objetos en ella, por lo que no encontramos suficientes argumentos para encuadrar la utilización de las cajas de seguridad dentro del contrato de depósito tal y como lo hemos estudiado.

El siguiente supuesto planteado es si se trata de un contrato de arrendamiento de caja, en el que la causa es y fin del contrato es ceder el uso de la caja al arrendatario con el fin de que el cliente introduzca sus pertenencias, identificando la obligación de custodia del arrendador en este caso con la obligación de garantizar el uso pacífico del bien

²⁵⁶ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 204.

²⁵⁷ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 205.

²⁵⁸ AÑOVEROS TRÍAS DE BES, Xavier, *El contrato bancario de cajas de seguridad*, en «Revista Jurídica de Catalunya», 1990, n° 2, pp. 325-358.

arrendado, en este caso la caja de seguridad²⁵⁹. Tampoco este planteamiento nos parece el más acertado, en tanto que sí es cierto que se produce un arrendamiento de la caja fuerte, no es éste el verdadero espíritu y finalidad del contrato, sino que lo que se pretende es la vigilancia y protección de los bienes que en ella se introducen, por lo que considerar esta relación jurídica como un arrendamiento estaría desvirtuando la causa y fin con la que ambas partes deciden entablar un vínculo jurídico.

La última opción que nos planteamos es si este arrendamiento de la caja fuerte constituye un nuevo contrato diferenciado del resto. Analizando los elementos de la relación jurídica y la finalidad con la que ésta se constituye, podemos llegar a la conclusión que nos encontramos ante un nuevo contrato atípico y complejo²⁶⁰: atípico, porque como ya hemos comentado anteriormente, nos encontramos ante una figura contractual que no goza de ninguna regulación concreta; complejo, porque de lo presentado hasta el momento podemos llegar a la conclusión de que este nuevo contrato de caja de seguridad se abastece de las prestaciones de diferentes contratos dirigidos hacia una causa única, esto es: el contrato de caja de seguridad tiene como causa la custodia de los bienes que el cliente decida introducir en ella para garantizar así una mayor protección de éstos, y se basta de las prestaciones del depósito y del arrendamiento fundamentalmente para coger cuerpo y forma. En cuanto a la relación de este nuevo contrato con el principal de hospedaje, estamos en presencia de una conexión de contratos, idéntica a la que se produce entre el hospedaje y el contrato de depósito hotelero, apareciendo aquél como accesorio, instrumental y subordinado al hospedaje²⁶¹. Y en cuanto a la responsabilidad por los efectos que en ella se han introducido, nos encontramos en una posición a caballo entre la custodia directa e indirecta²⁶², en tanto no tiene lugar ese traslado posesorio que da nacimiento a la custodia directa, pero a la vez el empresario tiene mayor control sobre la caja fuerte pues se encuentra más cerca de su esfera de control que las habitaciones de los clientes donde se encuentran generalmente las cajas fuertes y donde la capacidad de vigilancia no es la misma directamente que la que puede tener sobre las cajas de seguridad que se encuentren en dependencias en las que el empresario realice sus tareas más frecuentemente, por mucho que la ley le imponga el mismo cuidado en cualquier punto de su establecimiento, pero

²⁵⁹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 207.

²⁶⁰ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 208.

²⁶¹ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 208.

²⁶² REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 209.

en la práctica, le será mucho más cómodo vigilar estas cajas que las que se encuentran en la habitación.

En resumen, y para concluir este punto de nuestro trabajo sobre las cajas de seguridad de los hoteles, podemos concluir que la responsabilidad surge aquí también por la misma vía que llevamos comentando a lo largo de nuestro estudio: la responsabilidad agravada de los artículos 1783-1784 CC en cuanto a la condición de profesional del hostelero y de la especial vigilancia que esta condición le impone sobre los efectos de los clientes que contratan con él, considerando todo lo que pasa en su establecimiento como dentro de su esfera de control lo que le exige como profesional un especial cuidado y diligencia en función del riesgo que conlleva ejercer una actividad abierta al público. Por lo tanto, el hostelero responderá por los efectos que se encuentren en las cajas de seguridad en tanto los clientes hayan actuado diligentemente y siguiendo las advertencias hechas por el hostelero, y aunque no lo hagan, respondería igualmente pues habrá de responder por todos los hechos que ocurran dentro de su esfera de control, eso sí, respondería en un menor grado si se comprobara que los clientes no actuaron adecuadamente, y tan sólo supuestos de fuerza mayor (considerando el robo a mano armada como fuerza mayor) lograrían exonerar totalmente al hotelero de responsabilidad. Por último, mencionar que por todo esto y por la superioridad en jerarquía normativa de la ley frente a las disposiciones administrativas, no tendría lugar la aplicación del art. 78.2 de la OM en los supuestos de exoneración de la responsabilidad del hotelero.

3.6- Daños en la persona del viajero

Pese a no ser el hospedaje una actividad de elevado riesgo para las personas²⁶³, prácticamente toda actividad puede conllevar algún riesgo, por mínimo que sea, a la integridad física de las personas pues en nuestro día a día siempre podemos estar expuestos a cualquier peligro, por muy inusual o recóndito que pueda parecer a simple vista. En nuestro derecho histórico, algunas disposiciones ya se referían a la obligación de responder por los daños ocasionados en la persona del viajero, como resulta de las

²⁶³ El hospedaje es una actividad en la que, por ejemplo, los enseres del cliente se ven expuestos a un mayor riesgo que la integridad física de la persona

Partidas cuando regula la responsabilidad de los *ostaleros e los aluergadores* en P. 5,8,26 “*Ca guisada cosa es, que pues que fian en ellos los cuerpos, e los aueres, que los guarden leamente*”, así como la siguiente partida al referirse a los pelegrinos, sobre los que dispone que “*les guarden las sus personas, e sus cosas de daños*”²⁶⁴. También la jurisprudencia ha reconocido en algún momento la necesidad de proteger dentro de la actividad del hospedaje la integridad del cliente, como afirma por ejemplo la AP de Orense al sostener que “*es evidente que, no puede entenderse que la industria de hospedaje se encuadra en el ámbito de las actividades peligrosas, pero no es menos cierto que entraña el riesgo de procurar, ya no sólo el bienestar físico y psíquico de las personas a las que se presta servicio, sino el adoptar todas las medidas, y que estas medidas resultan eficaces para que ningún menoscabo o quebranto experimente la integridad física de aquéllas, mientras se está llevando a cabo la prestación del servicio*”²⁶⁵. De la misma manera, considera JORDANO FRAGA que “*en el ámbito de las prestaciones hoteleras, y en general en todas aquellas actividades debitorias que se desarrollan en instalaciones o establecimientos de cara al público, la valoración de la prestación principal según la buena fe exige no sólo si integración en el sentido de establecer un deber accesorio respecto de las cosas del cliente, sino además, también la vigilancia y protección respecto de su propia persona*”²⁶⁶, postura compartida por REPRESA POLO que “*si históricamente las distintas legislaciones han admitido la responsabilidad del hostelero por custodia del equipaje del cliente atendiendo a razones de diverso orden (mala fama del hostelero, carácter público del establecimiento...) y, en última instancia, como hemos defendido en este trabajo con base en la buena fe que debe regir el cumplimiento de las obligaciones, resulta lógico, partiendo de idénticos argumentos, concluir que el hostelero, igualmente, debe responder de los posibles daños que puedan sufrir los viajeros durante su estancia en el establecimiento. Por lo tanto, del contrato de hospedaje se derivaría, junto al elenco de prestaciones típicas del mismo (alojamiento, servicio de comidas, custodia del equipaje, limpieza...), la obligación del hostelero de procurar que el cliente no sufra daños de ningún tipo durante su estancia en el hotel, surgiendo su responsabilidad en caso contrario*”²⁶⁷. Por lo tanto, observando distintas posiciones tanto doctrinales como

²⁶⁴ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 133.

²⁶⁵ SAP Orense de 1 de diciembre de 1998, AC 1998\2174.

²⁶⁶ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 520.

²⁶⁷ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 217.

jurisprudenciales podemos llegar a la conclusión de que, entre todas las obligaciones que se derivan del contrato de hospedaje y que vamos a omitir mencionarlas pues ya lo hemos hecho en reiteradas ocasiones a lo largo de nuestro estudio, se encuentra también la de adoptar todas las medidas de seguridad posibles para garantizar la seguridad del cliente a nivel personal, por ejemplo manteniendo un buen estado de sus instalaciones, observando las medidas exigidas reglamentariamente para la prevención de accidentes, advirtiendo a los clientes de los peligros de un incorrecto uso de las instalaciones, etc...²⁶⁸, así como atendiendo a la abundante normativa administrativa sobre prevención de incendios en establecimientos públicos, medidas higiénico-sanitarias, requisitos mínimos de infraestructura, etc....

Por otro lado, el CCC recoge también en su articulado algunos preceptos en los que se trata de proteger la salud e integridad de la persona, consumidora o usuaria, en este caso el cliente o huésped del hotel. En el título II *“De los derechos básicos de las personas consumidoras”*, del libro primero *“Disposiciones generales”*, recoge en el art. 121-2.1 los derechos que esta ley reconoce al consumidor y usuario, como son el derecho a la protección de la salud y la seguridad, el derecho a la protección de los intereses económicos y sociales, así como a la indemnización de la reparación y los daños, de entre otros que no son relevantes para nuestro estudio. En el capítulo II *“Derecho a la protección de la salud y la seguridad”*, entramos en la materia que nos interesa, estableciendo el primer artículo que *“Los bienes y servicios destinados a las personas consumidoras no pueden comportar riesgos para su salud ni para su seguridad, salvo los que sean usuales o legalmente admisibles en condiciones normales o previsibles de utilización.”*, además de imponer el segundo punto del mismo la obligación del empresario de advertir al consumidor de esos riesgos usuales o legalmente admisibles de forma clara y con los medios adecuados. El 122-6 establece al empresario la obligación de mantenimiento y reparación de las instalaciones o servicios que ofrezcan y que puedan afectar a la seguridad física de las personas.

Por lo tanto, si se dan esta falta de cautelas en el establecimiento, los daños que pueda sufrir el cliente, constituye simultáneamente, un incumplimiento contractual por infracción del deber accesorio comentado, así como un ilícito dañoso perseguible vía 1902 CC, y estableciéndose así a favor del acreedor un concurso de dos acciones de

²⁶⁸ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 134.

responsabilidad que le permitan obtener, por cualquiera de las dos vías, la indemnización del daño sufrido²⁶⁹.

En cuanto a la posición de la jurisprudencia por este tipo de daños, por lo general ha optado por inclinarse hacia un tipo de responsabilidad aquiliana, aunque pueda concurrir en algún caso con la responsabilidad contractual dando así lugar a una unidad de culpa civil, como se demuestra en la conocida STS de 7/11/2000, en la que se resuelve la responsabilidad de un establecimiento hostelero por la muerte de tres clientes como resultado de un incendio, declarando que *“en cualquier caso, lo que determina la condena de la entidad concurrente es, como se verá más adelante, la omisión de unas medidas de seguridad ineludibles para prevenir un resultado como el que se produjo, y que obviamente no cabe excusar con las muy elementales que se aducen existentes, ni con un Informe de un Servicio administrativo (en orden a autorizar la ampliación de la capacidad hostelera en seis habitaciones dobles y una individual) que en absoluto justifica las deficiencias que contribuyeron de forma eficiente a la producción del resultado. Y sin que tenga mayor trascendencia jurídica si dicha omisión se produjo en relación con obligaciones propias del contrato –parece claro que una de las obligaciones que conlleva el contrato de hospedaje es que éste se ofrezca con las adecuadas condiciones de seguridad personal–, o que, por quedar la exigencia fuera de la rigurosa órbita de lo pactado (del denominado círculo de desarrollo normal del contrato), deba operar la responsabilidad extracontractual, con arreglo a la que debe responderse de aquella conducta omisiva culposa generadora de daños a otras personas, que se habrían podido evitar adoptando la diligencia exigible en armonía con las circunstancias del caso.”*²⁷⁰.

En definitiva, respecto de la protección del viajero en el marco del contrato de hospedaje, nos encontramos ante una postura doctrinal y jurisprudencial bastante lógica, pues si protegemos los enseres del cliente en tanto se encuentran en el establecimiento donde se prestan los servicios y dentro del marco de una relación contractual que une a empresario y cliente, encontramos aún más razonable que se proteja la seguridad e integridad de las propias personas, que obviamente tiene un valor incalculable en

²⁶⁹ MARLASCA MARTÍNEZ, *Los establecimientos de hospedaje*, p. 135

²⁷⁰ STS 7 de noviembre de 2000, RJ 2000\9911.

comparación con los objetos materiales que éstos puedan portar. De este modo, el empresario tendrá que llevar a cabo todas las precauciones posibles y emplear todas las medidas de seguridad que estén a su alcance para evitar la causación de cualquier daño en la persona del viajero, pues sería motivo de nacimiento de la responsabilidad, generalmente, aquiliana o extracontractual en tanto se trata por lo general de obligaciones relacionadas con la diligencia y fuera de lo estrictamente pactado, aunque pudiendo también concurrir la unidad de culpa civil en cuanto los daños se produjeron en la órbita de una relación contractual.

3.7- Daños en el automóvil del cliente

Llegados a este punto, una vez ya conocemos la responsabilidad del hostelero por los efectos introducidos por el huésped en el establecimiento, se nos suscita la cuestión si cabría incluir en el régimen de responsabilidad contemplado en los arts. 1783-1784 CC los daños o sustracción que puedan sufrir los automóviles del viajero, en definitiva, determinar si la obligación de custodia alcanza a dichos bienes. Por lo general, la doctrina mayoritaria viene entendiendo que dentro del concepto de efectos introducidos en el hotel puede incluirse el automóvil del cliente, siempre que dicho automóvil se encuentre en las dependencias del establecimiento o en alguna otra no anexa al mismo pero habilitada para tal fin y cuyo servicio venga incluido en el precio del alojamiento²⁷¹, a pesar de que el artículo 6 de la Convención europea sobre responsabilidad del hostelero, de la que España no forma parte, excluye expresamente la responsabilidad por el automóvil de los clientes. El CC español, a diferencia de otros códigos europeos, no define qué se entiende por “efectos de los clientes”, a lo que nos hemos de remitir a la doctrina para poder conocer a qué nos referimos, considerando MANRESA Y NAVARRO²⁷² aquello cuanto el viajero puede llevar consigo, incluso los valores, cuya la interpretación debe ser amplia y no restrictiva. Por dependencias del establecimiento, siguiendo lo establecido por la AP de Tarragona, entendemos “*local propiamente destinado o hospedaje el propio inmueble a tal fin destinado a los garajes cubiertos o no, pero en todo caso recintos cerrados para aparcamiento de vehículos a*

²⁷¹ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 133.

²⁷² MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XI, Madrid, Reus, 1972, p. 994.

los que sólo tengan acceso turistas, bien de clientes hospedados o de terceras personas que sean admitidos y cuyo acceso sea de alguna forma controlado, ya sea porque deban atravesar puertas cerradas o vallas de control de paso o porque se les dé paso por empleados del hotel, ya se vigile o no permanentemente el lugar, mas no aquellos lugares de estacionamiento de acceso libre y abierto”²⁷³. Una vez presentada la problemática y delimitado el concepto de aparcamiento, nos disponemos a abordar la consideración o no de depósito respecto de los automóviles del cliente, y si son susceptibles o no de custodia, diferenciando dos supuestos que darán lugar a dos soluciones distintas: que el servicio de aparcamiento venga incluido en el contrato y sea pues una prestación más que ofrece el hostelero dentro de la relación contractual, o si por otra parte, el hotelero no ofrece este servicio dentro del marco del CdH y tengan las partes que celebrar un contrato de aparcamiento a parte del de hospedaje, lo mismo que sucede cuando se entregan los enseres al hotelero y celebramos un contrato de depósito separado del que constituye el objeto de nuestro estudio.

Si bien el valor del automóvil nos haría pensar en la necesidad de un depósito que diera lugar a una custodia directa como suele suceder con los objetos de valor, por razones obvias de espacio debido a las dimensiones de un coche impiden una entrega directa al hotelero para que se guarde en la caja fuerte del hotel, de ahí que se asegure que dicho vehículo deba recibir el mismo tratamiento que los efectos comunes de valor ordinario que los huéspedes traen consigo al hotel: permanecerá en su poder y, para el caso de que se encuentre en el interior del local, el fondista responde de él según las reglas de los arts. 1783-1784²⁷⁴. Así, a similitud de la introducción de los enseres del viajero en el establecimiento, el estacionamiento del vehículo en el espacio para ello reservado del hotel conllevaría que el vehículo entrara dentro de la esfera de control del hostelero, y por lo tanto dando lugar a la obligación de custodia como así hemos comprobado a lo largo de nuestro estudio. Un ejemplo de ello es esta Sentencia de la AP de Málaga, cuando dicta que *“Y téngase en cuenta que evidentemente el hotelero conocía el depósito en sus instalaciones interiores del vehículo del demandante, por lo que es plenamente aplicable al respecto el art. 1783, pues dicho vehículo constituye un objeto más de los introducidos en el establecimiento por el viajero cuando el hotel tiene un servicio interior de parking y el cliente deposita el automóvil en el mismo, con*

²⁷³ SAP Tarragona de 5 de mayo de 1994, AC 1994\947.

²⁷⁴ PÉREZ MARTELL y GÓNZALEZ CABRERA, *El alojamiento turístico: problemática y soluciones*, p. 134.

conocimiento del hotel que le expide los documentos o mecanismos necesarios para su entrada y salida de las instalaciones hoteleras”²⁷⁵, lo que refuerza nuestra postura sobre la importancia de la esfera de control del hotelero y recalcando además que éste tenía constancia de la introducción del vehículo en las dependencias, por lo que no se encuentra motivo por el que no hubiera lugar para la responsabilidad del hotelero. También la AP de Málaga en este caso refuerza esta postura declarando que *“pues en casos como el presente, el aparcamiento en la zona habilitada al efecto, es uno más de los servicios ofertados por el hotel, y que se utiliza por los clientes en la razonable confianza de que el vehículo se encuentra a resguardo y seguro, posibilidad que cualquier cliente considera preferente al estacionamiento en el exterior por la inseguridad que ello conlleva, máxime en zona turística, estación estival y con matrícula de otra provincia. Es decir, la relación de depósito deriva de la relación de hospedaje que incluye la prestación del servicio de garaje para la guarda de los vehículos de los clientes (arts. 1783, 1784 y 1766 del Código Civil), como un valor añadido que oferta el Hotel, frente a la competencia y que hace su oferta más atractiva para el consumidor de sus servicios*”²⁷⁶. Otro caso, mostrándonos el mismo objeto pero desde el punto de vista contrario, es esta sentencia que deniega la petición de la parte actora que reclama daños al hotel por la sustracción de su vehículo, que no se encontraba en el parking del hotel pues éste no disponía de tal, por lo que el vehículo no se encuentra dentro de la esfera de control del hotelero y por tanto no se extiende su responsabilidad, *“tales criterios son inaplicables al caso de autos desde el momento en que no existe servicio de aparcamiento y, por tanto, no hay deber alguno de custodia a cargo del hotel por no haber tal parking que custodiar aparte de la calle*”²⁷⁷. Por todo esto, el hotelero responderá por incumplimiento contractual con el régimen de responsabilidad agravado previsto en los arts. 1783-1784 cuando ofrezca el servicio de aparcamiento dentro del contrato de hospedaje que celebra con el cliente y por el que éste no paga un precio añadido al estar ya incluido en el precio final del CdH junto con otros servicios adicionales que se ofrecen más allá del mero alojamiento (limpieza, atención al cliente, utilización de los espacios comunes, etc...)

Por otro lado, nos encontramos ahora en el segundo supuesto presentado anteriormente y es que el hotelero no ofrece ahora el servicio de aparcamiento incluido en el

²⁷⁵ SAP Málaga de 2 de junio de 2004, AC 2004\1082.

²⁷⁶ SAP Málaga de 22 de mayo de 2007, JUR 2008\17888.

²⁷⁷ SAP 20 de diciembre DE 1999, AC 1999\2582.

hospedaje, sino que cobra precio aparte y por tanto celebramos un contrato de aparcamiento diferenciado del primero. En este caso, se estaría celebrando un contrato de aparcamiento regulado por la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos²⁷⁸, que ha sido modificada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios²⁷⁹ en sus tres primeros artículos, lo que supone un cambio sustancial en cuanto afecta al ámbito de aplicación de la norma y a las obligaciones del titular del establecimiento. Esta Ley establece el régimen jurídico aplicable a los aparcamientos en los que una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado en función del tiempo real de prestación del servicio. En esta ley se contemplan dos modalidades de prestación del servicio, interesándonos a nosotros la contemplada en la letra a) del segundo punto del primer artículo, que se refiere al *“Estacionamiento con reserva de plaza en el que el titular del aparcamiento se obliga a mantener durante todo el período de tiempo pactado una plaza de aparcamiento a disposición plena del usuario.”*, esto es, el empresario y el cliente pactan el arrendamiento de la plaza de parking por un tiempo determinado, que por lo general coincidirá con el tiempo de alojamiento en el establecimiento. Entre las obligaciones para el titular del aparcamiento que se recogen en el tercer artículo de la ley, destacamos en relación con nuestra temática de estudio la de facilitar al usuario al que se permita el acceso un espacio para el aparcamiento del vehículo; así como entregar al usuario un justificante o resguardo del aparcamiento en el que se hará constar, en todo caso, la identificación del vehículo y si el usuario hace entrega al responsable del aparcamiento de las llaves del vehículo. De esta obligación de identificación estarán exentos los aparcamientos de uso exclusivo para clientes de establecimientos comerciales con sistemas de control de acceso y cuyo horario coincida con el del establecimiento. Respecto las responsabilidades que pueda asumir el empresario, según el art. 5 el titular del aparcamiento responderá, tanto frente al usuario como frente al propietario del vehículo, por los daños y perjuicios que respectivamente les ocasione el incumplimiento, total o parcial, de las obligaciones previstas en la Ley, de la misma manera que el usuario será responsable frente al empresario y los demás usuarios, de los daños y perjuicios que les cause por incumplimiento de sus deberes o

²⁷⁸ BOE 15 de noviembre de 2002, núm. 274, p. 40124.

²⁷⁹ BOE 30 de diciembre de 2006, núm. 312, p. 46601.

impericia en la conducción del vehículo dentro del recinto. A estos efectos, en relación con la reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios contra el titular del aparcamiento, el usuario puede solicitar la mediación y el arbitraje de las Juntas Arbitrales de Consumo. Por último también, destacar que el titular del aparcamiento tendrá, frente a cualesquiera personas, derecho de retención sobre el vehículo en garantía del pago del precio del aparcamiento, acción reforzada por el 1780CC si consideramos como depósito la introducción del vehículo en el aparcamiento, cuestión que nos disponemos a abordar a continuación.

Parece lógico afirmar que el hotelero tendrá la obligación de custodia sobre el vehículo de su cliente con el que ha formalizado un contrato de aparcamiento, en tanto se asimila al contrato de depósito en el que el viajero entrega una pertenencia o efecto al hostelero para su guarda y custodia, y aún siendo el vehículo de naturaleza muy distinta a los efectos que hemos tratado a lo largo de nuestro estudio, no deja éste de ser uno más, por lo que la naturaleza de los hechos hasta ahora nos dejan claro que el contrato de aparcamiento²⁸⁰ se asimila en gran medida al contrato de depósito. Esta postura está reforzada por la jurisprudencia, afirmando por ejemplo que *“El primero de dichos contratos es aquel en virtud del cual el propietario del «parking» se obliga a la guarda de un vehículo determinado con o sin fijación de plaza concreta asumiendo un deber de custodia, vigilancia y actividades complementarias de limpieza, conservación del local, etc. y en que por aplicación de la denominada teoría de la combinación han de tenerse presentes los elementos de los tipos de contratos más afines (depósito y arrendamiento de servicios)”*²⁸¹, sentencia a la que recurre la siguiente para fundamentar su postura *“el hecho de que tales clientes puedan dejar sus vehículos en un garaje cerrado pagando por ello con independencia del precio de la habitación que ocupan, no exime al hotel de la obligación de tener que vigilar aquel otro que también pone a su disposición y que por el contrario permanece abierto; el uso del reseñado garaje cerrado solo trae consigo la constitución de un nuevo contrato, denominado contrato de aparcamiento, generador de sus propios derechos y obligaciones para las partes, entre las que también se encuentra según destaca una STS de 22 de octubre de 1996 (RJ 1996,*

²⁸⁰ Nos referimos al contrato de aparcamiento objeto de nuestro estudio, el que se realiza en el ámbito del hospedaje, pues en otro contrato de arrendamiento como podría ser por ejemplo el arrendamiento de una plaza de parking privada, salvo excepcionales casos, no nace ninguna obligación de guarda y custodia en el arrendador.

²⁸¹ STS 22 de octubre de 1996, RJ 1996\7238.

7238) *el deber de vigilancia*”²⁸². Respecto de los objetos introducidos dentro del automóvil, el art. 3.1 c) indica el deber de restituir en el estado en el que le fue entregado tanto el vehículo como los componentes y accesorios que son incorporados funcionalmente a éste, es decir, de manera fija e inseparable, excluyendo los accesorios no fijos y extraíbles como podrían ser radiocasetes y teléfonos móviles, que deberán ser retirados por los usuarios, no alcanzando en este caso la responsabilidad al titular del aparcamiento, a no ser que así se obligue siguiendo lo establecido en segundo punto de este tercer artículo *“Los titulares de los aparcamientos que cuenten con un servicio especial para ello, podrán aceptar y responsabilizarse también de la restitución de otros accesorios distintos de los señalados en el primer párrafo del apartado 1.c) de este artículo, así como de los efectos, objetos o enseres introducidos por el usuario en su vehículo, cuando: a) Hayan sido expresamente declarados por el usuario a la entrada del aparcamiento y el responsable de éste acepte su custodia; b) El usuario observe las prevenciones y medidas de seguridad que se le indiquen, incluida la del aparcamiento del vehículo o el depósito de los efectos, en la zona o lugar que estuviere habilitado al efecto para su vigila. En este tipo de aparcamientos, deberá existir en el exterior de los mismos una información suficiente que permita identificar la prestación de este servicio especial, teniendo además derecho el titular del aparcamiento en este caso para establecer precios distintos o complementarios para la guarda y vigilancia de los efectos cuya custodia acepte. Esta postura doctrinal se refuerza en la jurisprudencia, defendiendo que “el propietario de los objetos valiosos que los deja en el vehículo, ha de ser consciente de que está realizando una conducta en cierto modo peligrosa y ha de asumir el riesgo derivado de la misma. Solo si advirtiera expresamente a la persona o personas que en aquel momento se encontraran al frente del estacionamiento, de la existencia de objetos de valor, se podría predicar la responsabilidad de la empresa en la sustracción”*²⁸³, así como *“de conocer el garajista que el vehículo contiene unos objetos de valor, extraños al propio vehículo, es posible que exigiera una mayor cantidad como retribución a sus obligaciones contractuales, e incluso sería admisible que rechazara el asumir el riesgo que la custodia de tales objetos implica”*²⁸⁴

²⁸² STS 8 de mayo de 2008, RJ 2008\2961.

²⁸³ SAP 7 de noviembre de 2001, JUR 2002\27016.

²⁸⁴ SAP 7 de noviembre de 2001, JUR 2002\27016.

Después de todo lo expuesto, diferenciamos los dos supuestos comentados de cara a hacer nuestras propias valoraciones: en el primer caso, en que el servicio de aparcamiento va incluido como un servicio más de los que conforman el contrato de hospedaje formalizado entre empresario y cliente, consideramos que sí serían de aplicación los arts. 1783-1784 CC a la sustracción de los vehículos introducidos en el establecimiento hotelero, sea aparcamiento interior, exterior, o cualquier otra infraestructura o servicio que la empresa ponga a disposición del cliente para aparcar su vehículo. Creemos que en ningún momento se fractura el régimen de responsabilidad agravado que estos artículos imponen a los “fondistas y mesoneros” por los “efectos de los clientes” en tanto sigue existiendo esa relación contractual entre el hostelero que ofrece sus servicios en el marco de una actividad profesional, en este caso dentro de la industria hotelera, y el cliente que desea contratarlos, entendiéndolo como un servicio más que ofrece el hotelero y que por tanto se encuentra dentro del marco contractual y de la esfera de control del hostelero, que deberá emplear todas las medidas de seguridad necesarias para garantizar la protección y el buen estado del vehículo, y en definitiva, custodiarlo diligentemente, como lo tendría que hacer respecto de cualquier efecto personal que introduzca el cliente en el establecimiento como hemos reiterado una y otra vez a lo largo de nuestro estudio, pues si los enseres del cliente sufrieran cualquier daño o pérdida, tendría nacimiento la responsabilidad contemplada en los arts. 1783-1784CC.

Por otro lado, cuando el hotelero ofrece el servicio de aparcamiento a parte del contrato de hospedaje y lo que supone la celebración de un nuevo contrato y por ende el pago de un precio determinado por él, independiente al que tenga que abonar por el CdH, hemos llegado a la conclusión de que igualmente nace una obligación de vigilancia y custodia por parte del hotelero que, en caso de incumplirse, dará lugar al nacimiento de responsabilidad pues la misma ley reguladora de la relación contractual así se lo impone en cuanto le hace responsable por los daños y perjuicios que ocasione el incumplimiento, total o parcial, de las obligaciones previstas en la ley, que incluyen su guarda y custodia y la restitución del vehículo en las mismas condiciones que le fue entregado.

Para finalizar, queremos recalcar que en ambos supuestos tanto la naturaleza de los hechos como las consecuencias vienen a ser bastante similares, por lo que no reviste de excesiva importancia el hecho de que se trate de un contrato de aparcamiento

independiente al de hospedaje o que el aparcamiento esté incluido en los derechos a los que da lugar este último.

3.8- Daños causados por animales

El hombre ha convivido con el animal desde sus orígenes, realizar una breve referencia a los daños que puedan ser causados por animales en el establecimiento. Según REPRESA POLO²⁸⁵, *“el carácter objetivo de la responsabilidad impuesta en los arts. 1783.1784 CC, que permite atribuir responsabilidad al hostelero en términos de riesgo, conduce a afirmar su responsabilidad en los casos de daños causados por animales o que tengan su origen en un suceso accidental, a pesar de que se como se ha apuntado aquellos no se refieran a este tipo de sucesos.”*, lo que de nuevo nos llevaría a considerar la condición de empresario del hostelero como el elemento clave para aplicar la responsabilidad agravada prevista en los citados artículos. No obstante, hace falta remarcar que en este caso, aunque no necesariamente, el animal en cuestión autor del daño puede que sea responsabilidad²⁸⁶ de un cliente, por lo que además de los preceptos a los que anteriormente hemos hecho alusión, entra en juego el 1905 CC que establece que *“El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.”*. Por lo tanto, podemos encontrarnos ante varios supuestos: principalmente nos encontraremos ante un daño producido al hotelero o a otro cliente por el animal de un cliente, dado que cada vez es más común que se acepten animales de compañía en los establecimientos hoteleros; aun así, también se podría dar la situación de que el daño fuera causado por un animal perteneciente al hotelero o incluso, un animal que no pertenece a ningún huésped y se introduce en el establecimiento hotelero provocando algún tipo de daño en los enseres de algún cliente.

El caso más común en el tráfico jurídico actual es aquél en que el daño es causado por el animal que posee un cliente, dando así lugar a dos posibilidades diferentes: que el daño sea causado al propio hostelero, por lo que éste entablará las correspondientes acciones

²⁸⁵ REPRESA POLO, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros*, p. 111.

²⁸⁶ Utilizamos el término “responsabilidad” pues el término “propiedad” no sería correcto en este caso, ya que el artículo 1905 CC habla de poseedor del animal, siendo indiferente que el cliente que trae consigo el animal al establecimiento sea o no el verdadero propietario.

si lo desea contra su cliente vía 1905 CC; el segundo caso, más probable, es que el animal del cliente produzca un daño en un tercero, lo que nos abre dos vías: la primera, que este tercero afectado entable una acción contra el poseedor del animal causante del daño vía 1905 CC, y la segunda es que, además de dicha acción, ejerza otra contra el hotelero por los arts. 1783-1784 CC por cuanto se trata de daños causados en sus efectos dentro de la relación de hospedaje que requiere una diligencia mayor y contempla un mayor riesgo que otras actividades no desarrolladas dentro de la órbita empresarial y profesional, por lo que el tercero estaría en su derecho de entablar conjuntamente contra el cliente otra contra el empresario por falta de diligencia en sus acciones u omisiones. De esta manera, se resume que el cliente afectado podría dirigirse contra el cliente poseedor del animal causante del daño, conjuntamente contra el propietario del animal y el empresario, o también (aunque menos común) solamente contra el empresario, sin olvidar que, tal y como establece el 1905 CC y como se deduce tanto del 1784 CC como de la práctica, quedará el empresario exonerado de responsabilidad cuando se demuestre que, pese a estar obligado a actuar con un grado de diligencia mayor al tener la condición de profesional, se demuestra que tuvo lugar alguna de las causas de exoneración de la responsabilidad de los daños, es decir, que no existe un nexo causal entre sus acciones y omisiones y el daño. En este caso, el afectado podría dirigirse únicamente contra el poseedor del animal. Para concluir esta relación con terceros, destacar que en caso de que se pactara en el momento de la celebración del CdH, como suele ser habitual, que el hotelero no se haga responsable de los daños que el animal provoque, esta cláusula sólo será válida entre las partes que celebran el contrato, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer el tercero perjudicado contra el hotelero.

Otro caso distinto se daría cuando la vigilancia y el control del animal correspondan al hotelero, por cuanto los clientes poseedores se lo han entregado al mismo para tal fin, lo que reuniría los elementos diferenciadores del contrato de depósito volviendo de nuevo a la cuestión central de nuestro estudio: responsabilidad por incumplimiento de la obligación de custodia vía 1783-1784 CC, además de alcanzarle la responsabilidad exigida por el 1905 CC en tanto es el poseedor del animal en ese momento.

Por último, destacar que los daños que sufra el animal cuya estancia no ha sido admitida por el hotelero, no quedan comprendidos dentro de la esfera de

responsabilidad del hostelero, ya que si así fuera se estaría imponiendo una prestación exorbitante a aquél²⁸⁷.

3.9- El sistema español y la Convención de París: tabla comparativa

Por último, y para concluir este tercer punto de responsabilidad del hotelero, nos disponemos a realizar una breve comparación esquemática entre el sistema estatal español del contrato de hospedaje, y el sistema europeo de la Convención de París de 1962. Como aclaramos en el apartado de nuestro estudio dedicado a la CdP, España, pese a haber participado en los trabajos de elaboración del texto, a día de hoy aún no la ha ratificado y por tanto no forma parte de aquellos países en los que tiene efectos vinculantes, algo que desde nuestro punto de vista no consideramos correcto: primero, porque el sistema español está considerablemente carente de regulación en un ámbito de primordial importancia en la economía española como es el turismo y el necesario alojamiento hotelero; segundo, porque uno de los principales objetivos que se persigue en la alianza europea es la búsqueda de homogeneidad en el ámbito político, social y económico, por lo que resultaría mucho más beneficioso un sistema normativo en el marco del hospedaje que se basara en unas mismas pautas y reglas de juego. Pese a ello, como ya destacamos, el sistema español de hospedaje no es radicalmente diferente al de nuestros socios europeos, pero sí que presenta ciertas diferencias y particularidades que nos disponemos a presentar en la siguiente página de manera gráfica para una mayor y fácil comprensión.

²⁸⁷ 135 REPRESA POLO, M.P: «Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes», ob. cit., p. 113.

CUESTIONES A CONSIDERAR	SISTEMA ESPAÑOL	CONVENCIÓN DE PARÍS
Límites a la responsabilidad del hotelero	No encontramos un límite establecido a la responsabilidad del hotelero.	En los casos de dolo o culpa del empresario y de custodia directa será ilimitada, mientras que la indirecta será de 3000 francos (actualmente unos 450€), cantidad que puede ser aumentada por las legislaciones internas pero no reducida.
Cláusulas limitativas de la responsabilidad	Se permiten pactos entre las partes en tanto no se produzca un abuso de derecho o acto contrario a la ley.	Son nulos e ineficaces los posibles pactos entre las partes para excluir o limitar la responsabilidad.
Supuestos de exclusión de la responsabilidad	Cuando los daños sean causados por culpa del cliente o sus acompañantes, por casos de fuerza mayor o la propia naturaleza de los bienes, añadiendo el CC el caso de robo a mano armada que puede entenderse como fuerza mayor.	Cuando los daños sean causados por culpa del cliente o sus acompañantes, por casos de fuerza mayor o la propia naturaleza de los bienes.
Obligación de comunicación del daño al hotelero	La acción para el cumplimiento de la obligación prescribirá a los 3 años desde que dejó de prestarse el servicio, siguiendo el art. 1967.4 CC	El cliente tiene la obligación de comunicar el daño “en un plazo razonable de tiempo” si quiere conservar su derecho a exigir responsabilidad.
Custodia de los objetos de valor	El hotelero está obligado a asumir la custodia de los bienes y objetos de valor, excepto razones justificadas.	
Responsabilidad por los daños a vehículos y animales	Se extiende la responsabilidad a los vehículos y a los objetos de su interior cuando se ofrezca el servicio de aparcamiento, así como a los animales cuando se permita su entrada en el establecimiento.	No se extiende la responsabilidad a los vehículos del cliente ni a los objetos de su interior, ni tampoco a los animales.

4. CONCLUSIONES

Una vez llegados a este último punto de nuestra investigación, en el que nos disponemos a dejar constancia de algunas de las conclusiones a las que hemos llegado tras un intenso estudio de la materia, podemos afirmar que hemos conocido una nueva figura contractual de la que no teníamos un extenso conocimiento, el llamado contrato de hospedaje, que pese a no estar regulado específicamente en nuestro ordenamiento jurídico como tal, reviste de una gran importancia en nuestra economía en tanto es uno de los pilares del sector turístico, que tanta importancia reviste en el ámbito político, social y económico de nuestro país y, en general hoy en día, de gran parte de los países tanto de nuestro continente como de otros que gozan de elementos históricos, culturales, artísticos o naturales que llaman la atención de personas de todo el mundo que ansían conocer, en definitiva, otros mundos.

Hemos investigado sobre los orígenes del contrato de hospedaje, lo que nos ha ayudado tanto a comprender mejor esta figura por tener un conocimiento de sus inicios y evolución, como a adquirir nuevos conocimientos históricos y culturales que nos enriquecen. Como ya se comentó, el concepto de hospedaje en sí tiene lugar desde que el hombre deja de ser nómada y necesita algún lugar en el que hospedarse durante sus viajes. La época romana, al igual que ocurre con gran parte de nuestro derecho, fue el punto de partida para la regulación del hospedaje y para el modelo de CdH actual, con el nacimiento de establecimientos especialmente dedicados al acogimiento de viajeros, las *cauponae*, y del nacimiento de obligaciones y por lo tanto responsabilidades en los hoteleros, los *caupones* en la época. A partir de este momento la industria del hospedaje fue configurándose a lo largo de los siglos, con sus peculiaridades en cada momento histórico, pero siguiendo una línea de evolución constante tanto en el tráfico y realidad de los establecimientos como en las normas que regulaban el sector, hasta llegar al sistema actual de concepción de establecimiento de alojamiento y la responsabilidad que se deriva para los hosteleros por los sucesos perjudiciales para el cliente que en ellos puedan acontecer.

Un contrato de hospedaje del que llama la atención su escasa regulación, lo que sorprende por la importancia que hoy en día tiene el turismo en la economía, y siendo el alojamiento uno de los pilares del sector en tanto los turistas necesitan un sitio donde hospedarse durante su viaje. En este sentido no podemos dejar de lado el hecho de que España no haya ratificado la Convención de París, de la que incluso formó parte en las tareas de elaboración, y a que a pesar de que nuestro sistema y el vertebado en la Convención no distan en demasía, creemos que sería conveniente que España ratificara dicha convención primero, para tener unas bases sobre la que sustentar un sólido sistema de responsabilidad por los daños causados en los establecimientos de alojamiento turístico, y segundo, para homogeneizar nuestra legislación con nuestros vecinos europeos pues si el principal objetivo de la UE es la armonización política, social y económica, mantener diferencias legislativas no es el camino adecuado para la consecución de dichos objetivos. Por tanto, el hospedaje se regula en nuestro ordenamiento principalmente en el Código Civil, en especial en los omnipresentes durante nuestro estudio arts. 1783-1784, además del 1922.5 relativo al crédito preferente del hotelero sobre los muebles del deudor existentes en el establecimiento en caso de insolvencia o impago de éste, así como el art. 1967.4 referente a la prescripción para el cumplimiento de la obligación con el posadero, que será de tres años. Más allá de los citados preceptos del compendio civil, no encontramos normas específicas que regulen la responsabilidad en el hospedaje, por lo que acudiremos a las normas de Derecho privado general que regulan la responsabilidad, en su mayoría también dentro del CC. En la demás materia sobre el hospedaje, los textos legales citados en el punto 2.4 nos ayudaran a acabar de configurar el contrato de hospedaje, además de normas administrativas y otras que hemos obviado por extenderse más allá de lo que es la responsabilidad y el interés de nuestro estudio. En definitiva, una regulación que consideramos deficiente en relación con la importancia del hospedaje en nuestro país y en lo que queda bastante por mejorar que, esperamos, así se haga, y podamos contar en el futuro con una ley que regule específicamente el hospedaje y todos los elementos que con él se relacionan para garantizar una mayor seguridad jurídica a todas las partes implicadas, o al menos, que los textos legales actualmente en vigor contemplen esta figura como tal y regulen los aspectos básicos para el buen funcionamiento del hospedaje.

Otra duda importante que se presenta habitualmente en el desarrollo del contrato de hospedaje se da en la naturaleza de la responsabilidad que pueda derivarse, nosotros consideramos que nos encontramos por lo general ante un tipo de responsabilidad contractual, pues la pérdida o daños que puedan producirse en los bienes del cliente, o en su persona o hasta en los animales domésticos que porten con ellos (si el establecimiento permite su entrada), se producen en su mayoría dentro de la órbita del contrato de hospedaje, ya que si éste no tiene lugar lo lógico es que no se produzca tal daño pues el cliente no se encontraría en el establecimiento y por tanto no habría posibilidad para que éste tuviera lugar. Aun así, cada vez se dan más casos en los que se aplica la llamada unidad de culpa civil, en tanto pueden darse casos en que se produzca un daño que vaya más allá de lo estrictamente pactado, el alojamiento y los servicios que hayan de prestarse junto a este como su consecuencia, pero en los que no puede apreciarse una simple responsabilidad aquiliana en tanto el daño nace como consecuencia de la celebración del contrato, independientemente de que el origen del daño sea un hecho que nada tenga que ver con lo estrictamente pactado y no suponga un incumplimiento contractual (el típico caso de accidente por deficiente mantenimiento de las instalaciones, nada tiene que ver con lo pactado en el contrato pero si éste, que incluye una serie de obligaciones de mantenimiento para el hotelero, no se hubiera celebrado, no hubiera tenido lugar ningún daño para el perjudicado. Si por ejemplo el daño lo sufriera un tercero que no ha celebrado ningún contrato, póngase por ejemplo un interesado en conocer las instalaciones para una posible futura celebración del contrato de hospedaje, en este caso sí operaría una exclusiva responsabilidad contractual). Por lo tanto, concluimos considerando que los daños que se producen dentro del contrato de hospedaje se regirán por las normas relativas al incumplimiento contractual, teniendo siempre en cuenta la naturaleza de los hechos en tanto se produzca algún daño más allá de la órbita de lo pactado y pueda entonces entrar en juego también la responsabilidad extracontractual, concurriendo juntas o dándole libertad al juzgador para que decida cuál cree más conveniente aplicar.

Otra duda frecuente que se presenta en el desarrollo del contrato de hospedaje es si esta actividad se considera de riesgo o no, es decir, si la responsabilidad tendría lugar por culpa (resp. civil subjetiva) o riesgo (resp. civil objetiva) del empresario. Pese a no considerarse la prestación de alojamiento como una actividad de riesgo, es cierto que la

constante exposición al público conlleva ciertos peligros con los que el empresario ha de lidiar y emplear todos los mecanismos que tenga a su alcance para prevenir cualquier daño en los bienes de sus clientes o en sus personas, y ahí es donde tiene lugar la objetivización de la responsabilidad que actualmente está cogiendo fuerza en nuestra jurisprudencia: en nuestro ordenamiento tradicionalmente ha dominado una postura culpabilística, y como hemos comentado no es el hospedaje una actividad de riesgo, por lo que a simple vista parecería claro que se trataría de una resp. civil subjetiva en tanto cualquier daño que se produzca en la esfera del hospedaje se habrá de relacionar con la falta de diligencia del empresario para el nacimiento de la responsabilidad civil, pues debe controlar lo que ocurre en su esfera de control. Pero no podemos obviar que la exposición al público conlleva ciertos riesgos que implican que en ocasiones, incluso dándose un mayor esfuerzo por parte del hostelero para prevenir cualquier daño, al que por cierto se le exige una mayor diligencia y responsabilidad por su condición de profesional que ofrece un servicio a terceros, resulte inevitable que se produzca el daño. Por lo tanto concluimos que, si bien no puede darse una responsabilidad objetiva absoluta pues no procede en la actividad que nos encontramos y además supondría una automatización del Derecho, a veces resulta ciertamente complicado para el empresario controlar todo lo que ocurre en su establecimiento, independientemente de que ponga todo su empeño en evitar cualquier daño, pero por su condición de empresario y por la naturaleza de la actividad que realiza resultará responsable en la mayoría de casos que se produzca un daño real y sea probado, en mayor o menor grado en función de los hechos, y tan sólo quedará exonerado de toda responsabilidad en los casos concretos expuestos en el punto 3.4.1.4, esto es, caso de robo a mano armada; fuerza mayor; vicio de la cosa; y los daños causados por el dolo o culpa del cliente o de sus acompañantes.

Otro aspecto al que nos gustaría hacer referencia en nuestras conclusiones es a la distinción entre custodia directa e indirecta, y su incomprensible indistinción en el ordenamiento a efectos de responsabilidad. Y es este punto uno de nuestros principales argumentos para defender la ratificación de España de la Convención de París, que sí distingue ambos supuestos, pues consideramos que la naturaleza de los actos en ambos casos habría de dar lugar a consecuencias diferentes en tanto en la custodia directa el hotelero guarda los bienes de su cliente en primera persona y por lo tanto la responsabilidad por cualquier daño debería ser considerablemente agravada en

comparación con los casos de custodia indirecta, pues si bien es cierto que el hotelero ha de utilizar todos los mecanismos que tenga a su alcance y poner todo su empeño para garantizar la seguridad tanto de las personas como de sus bienes, como decíamos en el párrafo anterior, no podemos dejar de lado que el empresario no deja de ser una persona que no puede abastar todos y cada uno de los movimientos que se dan en el establecimiento y que pueden producirse daños aun poniendo éste todas las medidas a su alcance, por lo que creemos que lo expuesto es suficiente para reconocer en un cuerpo legal las diferencias entre ambos supuestos y por lo tanto, darles en éste una diferente consideración a efectos de responsabilidad, ya que actualmente en nuestro sistema no distan mucho la consideración y efectos que se les da indiferentemente a la custodia directa y a la indirecta.

Otra cuestión que consideramos importante recordar que en el desarrollo del contrato de hospedaje no tan sólo se pretende la protección de los enseres del cliente, que si bien se trata de la mayor problemática en la materia, no hay que olvidar que la persona está por encima de cualquier bien y que el empresario ha de garantizar igualmente la seguridad de su cliente de la misma manera que ha de velar por la protección de sus bienes, y que habrá de responder siguiendo el mismo sistema de responsabilidad estudiado para los bienes del cliente, pues ambos son elementos que se encuentran dentro de la esfera de control del empresario y éste habrá de emplear todas las medidas posibles para evitar cualquier daño, respondiendo de la misma manera si éste se produjera.

Estas son algunas de las cuestiones que hemos considerado necesario comentar en nuestro apartado de conclusiones, pues creemos que son puntos de considerable importancia en el desarrollo tanto teórico del contrato de hospedaje como en sus consecuencias en el tráfico real. Pero ni mucho menos lo expuesto en este último apartado, e incluso lo presentado en este proyecto de final de carrera, son todas las cuestiones que tendrían que tenerse en cuenta por el legislador a la hora de elaborar por fin un texto normativo que se encargue de regular y dotar de una eficaz seguridad jurídica un sector que tiene un fuerte peso en nuestra economía y sociedad y que no está tratado en nuestras leyes como tal, lo que sin ninguna duda no favorece a nadie: ni al empresario, que en ocasiones pueda encontrar lagunas jurídicas que le creen dudas en

cuanto al comportamiento o medidas que adoptar, pero también en cuanto a dónde se encuentra el límite entre sus derechos y los de sus clientes, en principio más protegidos por la legislación en tanto entendiéndose como la parte débil en cuanto a usuario que contrata con un profesional; ni al cliente, que puede tener dudas acerca de cuál es su posición jurídica en esta relación que establece con el empresario y cuáles son sus derechos y obligaciones en ésta, o qué medidas o conducta adoptar para un correcto desarrollo del contrato de hospedaje; ni obviamente favorece a los jueces y tribunales, que verían convertida su tarea en algo más sencillo a priori si gozáramos de un verdadero cuerpo legal que vertebrara todo aquello relacionado con el hospedaje y la responsabilidad que puede derivar de éste, lo que creemos que en muchos casos ayudaría a agilizar el sobresaturado tráfico judicial, proporcionando herramientas a los administradores de justicia que permitan aumentar la eficiencia en el desarrollo de sus labores y, en definitiva, impartir una justicia que resuelva eficazmente las problemáticas del hospedaje a través de un cuerpo legal que comprenda la realidad social y económica actual además del tráfico real que se da día a día en el desarrollo del contrato de hospedaje.

BIBLIOGRAFIA

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1998, JM. Bosch Editor.

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Barcelona, 2002, JM. Bosch Editor.

AÑOVEROS TRÍAS DE BES, X., *El contrato bancario de cajas de seguridad*, en «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 2, 1990.

BADENAS CARPIO, J.M., *El contrato de hospedaje*, en «Lecciones de Derecho del Turismo», Valencia, 2000, Ed. Tirant lo Blanch.

BADENAS CARPIO, J. M., *Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje*, en «Actualidad Civil», núm. 16, 2000.

BARRERA PÉREZ, M., *Responsabilidad de los hoteleros por los vehículos introducidos en sus establecimientos. Comentario a la SAP de Sevilla de 2 de junio de 2004, AC 2004/1082*, en «Revista de Derecho Patrimonial», núm. 14, 2005.

CARRASCO PERERA, Á., *Derecho Civil: Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, Madrid, 1996, Ed. Tecnos.

DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Valencia, 2000, Ed. Tirant lo Blanch.

DÍEZ SOTO, C.M., *Comentario a los artículos 1760-1789*, en «Comentarios al Código Civil», Tomo IX, dir. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2013, Ed. Tirant lo Blanch.

ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho Civil: Derecho de obligaciones*, vol. II,

segunda parte, Barcelona, 1966, Ed. Bosch.

FORD, R., *Comidas, vinos y albergues en España*, Traducción de Héctor Silva, Madrid, 1998.

GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E., *Régimen jurídico del contrato bancario de cajas de seguridad*, Granada, 2007, Ed. Comares.

GERI, V., *La R. C. dell'albergatore*, Milán, 1972, Giuffrè editore.

HERNÁNDEZ GIL, F., *Comentarios a los artículos 1661-1789*, en «Comentario del Código Civil», vol. 8, 2. ed., coord. por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2006, Ed. Bosch.

JORDANO BAREA, J., *Los contratos mixtos y la unión de contratos*, en «Anuario de Derecho Civil», 1951.

JORDANO FRAGA, F., *Comentario a la STS 27/1/1994*, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», nº34, 1994.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, S.L. Ed. Civitas ediciones S.L.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, Ed. Civitas ediciones S.L.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II*, Barcelona, 1993, Ed. JM Bosch editor.

LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, Ed. JM Bosch editor.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, Tomo XI, Madrid, 1991.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XI. Madrid, 1972, Ed. Reus.

MARLASCA MARTÍNEZ, O., *Los establecimientos de hospedaje. Estudio histórico. Responsabilidades que derivan para los titulares de los mismos: de Roma al Derecho Actual*, Bilbao, 2008, Publicaciones de la Universidad de Deusto.

MARTÍN-GRANIZO, M, *Comentario a los artículos 1758-1789*, en «Comentarios al Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia», t. VI, dir. por J.L. Albácar López, Trivium, Madrid, 1990.

MARTÍN MATEO, R.; MARTÍN-RETORRILLO, L. y VILLAR PALASÍ, J.L., *Aspectos jurídico-administrativos del turismo*, en «Primer Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo», Sevilla, 1996.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., *Comentario a los artículos 1758-1789*, en «Código Civil Comentado», Volumen IV, dir. por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Pamplona, 2011, Ed. Civitas.

MURILLAS ESCUDERO, J.M., *Comentario al artículo 1967*, en «Código Civil Comentado», Volumen IV, dir. por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Pamplona, 2011, Ed. Civitas.

NAVARRETE, A., *El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería*, en «Revista de Derecho Mercantil», Madrid, 1958.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentarios al Código Civil*, 6 ed., Madrid, 2008, Ed. La Ley.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2006, Ed. La Ley

PÉREZ MARTELL, R., y GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid, 2008, Ed. La Ley.

PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil* Madrid, 1930.

PFANDL, L., *Introducción al siglo de oro. Cultura y costumbres del pueblo español de los siglos XVI y XVII*, Madrid, 1994, Ed. Visor Libros.

PLAZA PENADÉS, J., *Comentario a los artículos 1921-1929*, en «Código Civil Comentado», Volumen IV, dir. por Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Pamplona, 2011, Ed. Civitas.

REPRESA POLO, M.P., *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Madrid, 2004, Ed. Edersa.

ROCA JUAN, J., *Comentario a los artículos 1758-1789*, en «Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales», t. XII vol. 1º, dir. por Manuel Albadalejo y Silvia Díaz Alabart, Madrid, 1982.

SANTOS BRIZ, J., *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, 1992, Ed. Comares.