

TESIS DOCTORAL

EL CONTRATO DE HOSPEDAJE PROFESIONAL

Autora:

Paula Castaños Castro

Directora:

María Luisa Moreno-Torres Herrera

Facultad de Derecho

Málaga, marzo de 2015



Publicaciones y
Divulgación Científica

AUTOR: Paula Castaños Castro

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está sujeta a una licencia Creative Commons:

Reconocimiento - No comercial - SinObraDerivada (cc-by-nc-nd):

[Http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es)

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización
pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer
obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de
Málaga (RIUMA): riuma.uma.es

INTRODUCCIÓN

El turismo se ha consolidado como motor clave del progreso socioeconómico a nivel mundial, no solamente por su capacidad de crecimiento sino también por su contribución a la creación de empleo y al desarrollo. La Organización Mundial del Turismo (OMT), constata la importancia del volumen de negocio del turismo, que iguala o incluso supera al de las exportaciones de petróleo, productos alimentarios o automóviles, convirtiéndose en uno de los principales actores del comercio internacional, y representando al mismo tiempo una de las principales fuentes de ingresos de numerosos países en desarrollo. Este crecimiento va de la mano del aumento de la diversificación y de la competencia entre los destinos. A ello se añade que la expansión general del turismo en los países industrializados y desarrollados ha sido beneficiosa, en términos económicos y de empleo, para otros muchos sectores relacionados, desde la construcción hasta la agricultura o las telecomunicaciones.

Su transcendencia en la economía europea resulta asimismo innegable, en cuanto que se ha señalado que Europa constituye «el primer destino turístico del mundo»¹. De ahí que la Unión Europea haya tomado consciencia progresivamente de la importancia del sector, y haya ido aprobando una serie de normativas -entre ellas la Directiva 2006/123 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior-, que fijan unos objetivos que deben ser alcanzados por los Estados miembros a través de la legislación de transposición².

En lo que respecta a España, el turismo se configura como la primera actividad económica del país³. Tanto es así que actualmente -y pese a las crisis sufridas por el sector-, el turismo representa alrededor del 10,9% del PIB, siendo España la segunda nación del mundo, solamente superada por Estados Unidos, que más ingresos genera a

¹ En este sentido *vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: *Europa, primer destino turístico del mundo: un nuevo marco político para el turismo europeo*, Bruselas, 30 de junio de 2010.

² El 12 de marzo de 2014 se aprueba la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE

³ En concreto, en Andalucía, la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, señala en su Exposición de Motivos lo siguiente: «El turismo se configura como la actividad del sector servicios que mayores repercusiones, en términos de renta y empleo, genera en Andalucía, constituyendo un recurso de primer orden que se encuentra en constante dinamismo y siendo, durante las últimas décadas, una de las principales palancas dinamizadoras de nuestro crecimiento y desarrollo socioeconómico».

través del sector turístico. Además, según la Organización Mundial del Turismo, España es el tercer país en número de entradas, además de ser primer destino mundial en turismo vacacional.

La importancia del sector en España queda reflejada en los ingresos que produce -que ascienden a 48.928 millones de euros en el año 2014⁴-, tratándose asimismo de uno de los sectores que más empleo genera -un total de 2.001.448 de trabajadores están afiliados en alta laboral en actividades características del turismo⁵-; no obstante, a su elevada aportación a la creación de renta, riqueza y empleo, y su carácter de sector equilibrador de la balanza de pagos, se une el hecho de generar importantes efectos dinamizadores, aun en épocas de crisis, en otros sectores económicos, debido a su carácter multisectorial y a no acusar las fuertes recesiones de otros sectores en los ciclos depresivos de la economía.

Por otra parte, como puede resultar obvio, dentro del sector turístico presentan una especial importancia los servicios de alojamiento prestados por establecimientos hoteleros, que sin duda constituyen una de las piezas centrales del sector. Así, en nuestro país, a lo largo del año 2014, 87.603.807 viajeros, -tanto residentes como no residentes-, han pernoctado en hoteles⁶, siendo la ocupación hotelera registrada en España en 2014 del 55%⁷.

Así las cosas, y dada la importancia en nuestra economía del turismo, los contratos turísticos, entre los que se encuentran, entre otros, el contrato de viaje combinado o el contrato de hospedaje, adquieren una relevancia notoria, siendo imprescindible llevar a cabo, también desde el punto de vista jurídico, un estudio pormenorizado de los mismos.

Sin embargo, pese al panorama descrito, y pese a que otros contratos, como el de viaje, sí gozan de una regulación legal propia (arts. 150 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

⁴ Los pagos ascienden a 13.565 millones de euros, por lo que el turismo genera un saldo positivo de 35.363 millones de euros.

⁵ En servicios de alojamiento, concretamente 263.687 trabajadores.

⁶ Más de 40 millones de viajeros eligen hoteles de 4 estrellas.

⁷ Todos los datos han sido extraídos del Instituto de Estudios Turísticos, actualmente Subdirección General de Conocimiento y Estudios Turísticos, y corresponden al año 2014. <http://www.iet.tourspain.es/es-es/estadisticas/fichadecoyuntura/paginas/default.aspx>

complementarias), el contrato de hospedaje, con incidencia económica cada vez más significativa y objeto central de esta investigación, no encuentra regulación alguna en nuestras leyes⁸. El turismo se configura como una de las piezas claves de la economía nacional y, al mismo tiempo, nuestro ordenamiento jurídico no le ha dispensado una regulación concreta al contrato de hospedaje profesional, entendido éste como el contrato a través del cual una de las partes -el hostelero- se obliga con respecto a la otra -el huésped- a cederle el uso de la habitación, así como a prestarle determinados servicios, entre los que se encuentran la custodia del equipaje o la manutención, todo ello a cambio de una contraprestación en dinero.

Así, el Código Civil se limita únicamente a considerarlo como depósito necesario a efectos de responsabilidad de los fondistas o mesoneros (artículos 1.783-1.784); lo contempla en materia de clasificación de créditos (artículo 1.922. 5º), y finalmente, se refiere a él al tratar de la prescripción (artículo 1.967. 4º).

A ello se añade que, aunque recientemente la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia español, publicada en 2013, incluía dentro de su articulado normas sobre distintos contratos de servicios turísticos y, dentro de ellos, del contrato de alojamiento, el Proyecto de Ley de Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014, ha decidido prescindir de la totalidad de los preceptos que aquella dedicaba a los contratos turísticos.

Es precisamente esta atipicidad la que, unida a la importancia económica del turismo en nuestro país, nos lleva a estudiar un contrato que, como el de hospedaje, cada vez goza de más repercusión dentro de nuestras fronteras y el cual, sin embargo, no está específicamente contemplado en nuestras leyes.

⁸ Tampoco existen monografías actuales que traten todos los aspectos del contrato en cuestión, sin perjuicio del tratamiento que del hospedaje se hace en determinadas obras colectivas. Así, por ejemplo, REPRESA POLO, M.P. y DE HARO IZQUIERDO, M.: «Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento», en *Contratos civiles mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, dirigido por Mariano Yzquierdo Tolsada, t. V. Aranzadi, 2014.

ÍNDICE

Introducción	2
Agradecimientos	9
Aclaraciones previas	10
Capítulo I. El contrato de hospedaje: ideas generales	13
I. Concepto de contrato de hospedaje.....	13
II. Caracteres del contrato de hospedaje.....	16
III. Sujetos del contrato de hospedaje.....	19
a) El hostelero.....	19
b) El huésped.....	20
IV. Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje.....	21
Capítulo II. La fase precontractual en el contrato de hospedaje	35
I. El derecho de información: concepto, fundamento y finalidad.....	35
II. La información proporcionada por la publicidad.....	37
III. La información precontractual: normas aplicables al hospedaje.....	43
IV. Contenido de la obligación precontractual de información.....	45
V. Consecuencias del incumplimiento del deber precontractual de información...48	
VI. El huésped y su obligación precontractual de informar.....	52
Capítulo III. La celebración del contrato	53
I. La forma en el contrato de hospedaje.....	53
a) Planteamiento de la cuestión.....	53
b) Fundamento del deber de documentar el contrato.....	53
c) Normas que resultan de aplicación al contrato de hospedaje y que establecen el deber de documentar el contrato.....	57
d) Las consecuencias del incumplimiento del deber de documentar el contrato.....	59

II.	La perfección del contrato.....	60
a)	Cuestiones previas.....	60
b)	El momento de perfección en el contrato de hospedaje.....	61
Capítulo IV. El desistimiento <i>ad nutum</i> en el contrato de hospedaje.....		66
I.	Cuestiones previas: el carácter excepcional del desistimiento.....	66
II.	Noción de desistimiento <i>ad nutum</i> . Diferencias con figuras afines.....	69
III.	Tipos de desistimiento <i>ad nutum</i>	71
a)	Desistimiento legal.....	72
-	Especial referencia al desistimiento legal <i>ad nutum</i> en sede de contratación a distancia: arts. 102 a 108 RD 1/2007.....	76
b)	Desistimiento convencional.....	78
IV.	Características del desistimiento legal <i>ad nutum</i>	80
V.	El problema del desistimiento en el contrato de hospedaje.....	81
a)	Fundamento de la exclusión.....	82
b)	Alternativas para el huésped.....	84
Capítulo V. El incumplimiento de las obligaciones contractuales.....		91
I.	Contenido del contrato.....	91
II.	Obligaciones del establecimiento hotelero.....	91
a)	Consideraciones previas.....	91
b)	Obligaciones del hostelero: ¿de medios o de resultado?.....	92
-	Concepto e ideas generales.....	93
-	Criterios para la diferenciación.....	94
-	Destrucción del binomio obligaciones de medios/contrato de servicios.....	96
-	Relevancia de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.....	101
I. II.	Obligaciones del huésped: pagar el precio, restituir la habitación y respetar las normas del hotel.....	102
II.	Noción de incumplimiento.....	105

III. El incumplimiento de las obligaciones del hostelero.....	107
IV. El incumplimiento de las obligaciones del huésped.....	128
Capítulo VI. La responsabilidad del hostelero en el Código Civil.....	132
I. Consideraciones generales.....	132
a) El planteamiento del Derecho codificado: la regulación de la responsabilidad del hostelero dentro de las normas sobre depósito necesario.....	132
b) La responsabilidad del hostelero: ¿una responsabilidad objetiva?.....	135
c) Naturaleza de los artículos 1783 y 1784 C.c. ¿Imperativa o dispositiva?.....	140
d) Ámbito de aplicación de los artículos 1783 y 1784 C.c.....	141
e) Naturaleza de la responsabilidad del hostelero: ¿contractual o extracontractual?.....	144
II. El hostelero como sujeto responsable: responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno.....	148
a) Responsabilidad del hostelero por los daños ocasionados por criados o dependientes.....	149
b) Responsabilidad del hostelero por los daños causados por extraños.....	155
III. Presupuestos de la responsabilidad del hostelero.....	156
a) El daño en los efectos introducidos por los viajeros.....	157
- Significado del término efectos: especial referencia a los vehículos de los huéspedes.....	158
- Significado del término introducidos.....	169
- El daño indemnizable: especial referencia al daño moral.....	171
b) Comunicar al hostelero la introducción de los efectos.....	177
c) Observar las prevenciones del hostelero sobre cuidado y vigilancia de los efectos: especial referencia a determinadas cláusulas.....	185
IV. Límites a la responsabilidad del hostelero.....	191
a) Robo a mano armada.....	192
b) Otros sucesos de fuerza mayor.....	195
c) Dolo o culpa del huésped o de sus acompañantes.....	197

d) Vicio propio de la cosa.....	198
Capítulo VII. Propuestas de <i>lege ferenda</i>	199
I. Introducción.....	199
II. Una mirada al Derecho comparado y al Derecho europeo.....	199
III. Propuestas legislativas.....	210
IV. Propuestas sobre el régimen jurídico de la responsabilidad del hostelero.....	214
a) Texto legal apropiado para regular la responsabilidad del hostelero.....	214
b) Un nuevo régimen de responsabilidad del hostelero.....	216
V. Reflexiones finales.....	231
Conclusiones	233
Índice jurisprudencial	255
Bibliografía	259

Agradecimientos

Deseo que mis primeras palabras de agradecimiento sean, con un cariño especial, para la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera, directora de esta tesis doctoral, por el enorme interés que ha manifestado en su realización, su paciencia, su dedicación plena y su incansable ayuda. Le agradezco muy sinceramente el gran apoyo intelectual que me ha brindado, compartiendo con generosidad cada idea que pudiera hacer de mi tesis un mejor trabajo, lo que sin duda ha marcado mi desarrollo como investigadora.

También quiero agradecer la comprensión y apoyo prestados por los profesores del área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de Málaga, fundamentalmente, y de forma muy sincera, al profesor José Manuel Ruiz-Rico Ruiz, cuyas aportaciones han ayudado considerablemente a la construcción de este trabajo y cuyas recomendaciones han contribuido inmensamente a mi formación.

Asimismo, agradezco al profesor Antonio Gálvez Criado el haber dedicado su tiempo a enriquecer mi investigación, así como reconocerle sus acertadas opiniones, con las que tanto aportó al desarrollo de esta tesis.

Con especial afecto, quiero mostrar mi gratitud a la Dra. María José García Alguacil, mi profesora de Derecho Civil durante la carrera, quien me introdujo en el mundo académico, y cuyos consejos siempre me han enriquecido tanto profesional como personalmente.

De igual modo, deseo agradecer profundamente el apoyo recibido por mis padres, Ángel y mis amigos, especialmente Carmen Rocío, Marta y Mar, con los que tantos momentos he compartido.

Por último, quisiera dar las gracias a todos y cada uno de los miembros del Aula de Investigación Novel, que tanto me han ayudado.

ACLARACIONES PREVIAS

Dado que el análisis de cualquier contrato puede abarcar innumerables cuestiones, es menester dedicar unas breves líneas a detallar cuáles son los aspectos que van a ser tratados en el presente trabajo de investigación.

Para ello, y ante todo, conviene señalar que en este estudio se analizan únicamente los aspectos jurídico-privados del contrato que nos ocupa, dejándose al margen la prolija legislación administrativa, estatal y autonómica, mediante la que se regula la actividad turística y el hospedaje.

Aclarado lo anterior, los objetivos de esta Tesis Doctoral son los siguientes:

- Establecer el régimen jurídico actualmente aplicable en Derecho español al contrato de hospedaje.
- Señalar las insuficiencias, dificultades, aciertos y contradicciones de ese régimen jurídico.
- Determinar la necesidad o conveniencia de una intervención legislativa dirigida a regular los aspectos jurídico-privados del contrato de hospedaje.
- Realizar propuestas concretas de *lege ferenda*: redactar las normas que deberán ser modificadas o incorporadas al ordenamiento jurídico español.

Al margen de ello, con el fin de acotar el objeto de estudio, corresponde puntualizar asimismo lo siguiente, no sin antes aclarar que en la tesis se prescinde de aquellas cuestiones que no sean típicamente contractuales, como la de los daños personales sufridos por los usuarios de hostelería, a los que les resulta aplicable el art. 147 del TRLGDCU⁹.

⁹ Según el art. 147 TR “Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”. A pesar de que el sujeto responsable es el prestador del servicio (en nuestro caso, el empresario hostelero), la responsabilidad establecida en el precepto no es, propiamente, una responsabilidad contractual, por cuanto que el sujeto dañado puede ser no sólo el huésped o acreedor de los servicios que conforman el hospedaje, sino cualquier persona física que se encuentre en el establecimiento hostelero, independientemente de que tenga o no la condición de contratante. Es cierto que con mucha frecuencia el perjudicado será el huésped, pero debe tenerse presente que la legislación española de consumo diferencia con toda claridad la responsabilidad contractual del prestador de servicios (que deriva de la prestación insatisfactoria del servicio) y la responsabilidad por los daños personales que pueda originar la actividad empresarial (que es una consecuencia del deber de seguridad recogido en el art. 11 TR), y que lo coherente con este planteamiento es interpretar, como hace la mejor doctrina, que el art. 147 TR persigue proteger a todos los sujetos que resulten perjudicados “por una prestación defectuosa siempre que no

- Al hospedaje al que vamos a dedicar este estudio es al hospedaje profesional, es decir, aquel que se celebra con un empresario, quedando al margen el análisis de aquellos casos en los que una persona hospeda a otra de forma ocasional y sin ánimo de lucro. El concepto de empresario queda establecido por el art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. A efectos de lo dispuesto en esta norma «se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». Así, la noción de empresario comprende toda clase de actividades dedicadas a proporcionar bienes o servicios, entre éstos últimos, los propios de un contrato de hospedaje. Este tipo de hospedaje es el más frecuente en la práctica y requiere soluciones específicas por la condición de profesional del prestador del servicio, lo que exige descartar un tratamiento conjunto de este hospedaje y el prestado por quienes no ejerzan profesionalmente la actividad hostelera.
- Dentro de este concepto pueden albergarse multitud de casos: hoteles, pensiones, balnearios, albergues, campings, campamentos, bungalows, apartamentos hoteleros y un sinnúmero de supuestos en los que una de las partes contractuales es ciertamente un empresario¹⁰; no obstante, y aunque muchas de las conclusiones a las que llegaremos podrán ser aplicadas directa o analógicamente a otras hipótesis, las también notables diferencias entre los citados supuestos, y la distinta implicación del hostelero en unos y otros casos, aconseja no llevar a cabo un tratamiento unitario, siendo el objeto de esta tesis el

actúen en relación con ese servicio en un ámbito profesional (quedarían excluidos los propios técnicos y otros profesionales de la empresa que presta el servicio), lo que “tiene la ventaja adicional de hacer innecesario todo esfuerzo de distinguir en cada caso si las personas afectadas eran o no usuarias del servicio (los amigos y familiares que se encuentran en la vivienda cuando esta explota por una defectuosa instalación)”. PARRA LUCÁN, M.A.: “Comentario al art. 147”, pág. 1732.

¹⁰ La ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, en su art. 40 fija los tipos de establecimientos de alojamiento turístico, señalando entre ellos los siguientes: establecimientos hoteleros, apartamentos turísticos, campamentos de turismo o campings, casas rurales o cualquier otro que se establezca reglamentariamente.

hospedaje desarrollado exclusivamente en hoteles, por tratarse de la práctica más usual y a la que se acude en mayor medida¹¹.

De este modo, la finalidad pretendida descansa principalmente en establecer cuál es el régimen jurídico aplicable al contrato de hospedaje, siempre que éste se lleve a cabo entre el huésped y el establecimiento hotelero, ya que, como se ha dicho, se trata de un contrato atípico que carece de una regulación legal propia en la que se establezcan las normas a aplicar en las relaciones entre cliente y empresario. Por tanto, al no haber gozado este contrato de un tratamiento por parte del legislador, siendo muy escasas las referencias legales al mismo, es necesario en primer lugar sentar las bases de cuál es su esquema contractual, lo que le proporcionará una seguridad jurídica de la que hoy carece, para seguidamente determinar la necesidad o no de una intervención legislativa y realizar las propuestas de *lege ferenda* que se consideren oportunas.

¹¹ El art. 43 de la ley 13/2011 de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía, define los hoteles del siguiente modo: «aquellos establecimientos destinados a la prestación del servicio de alojamiento turístico que ocupan la totalidad o parte independiente de un edificio o un conjunto de edificios, constituyendo sus dependencias una explotación homogénea con entradas propias y, en su caso, ascensores y escaleras de uso exclusivo, cumpliendo, además, los restantes requisitos establecidos reglamentariamente».

CAPÍTULO I. EL CONTRATO DE HOSPEDAJE: IDEAS GENERALES.

I. Concepto de contrato de hospedaje.

El contrato de hospedaje no cuenta con una regulación legal propia¹². Solamente existen en el Código Civil una serie de preceptos aislados que hacen referencia a determinados aspectos del contrato. No obstante su atipicidad, sobre la que volveremos más adelante, es menester aclarar en qué consiste dicho contrato y cuáles son sus caracteres más significativos, siendo la delimitación del concepto fundamental para el posterior análisis y desarrollo del tipo.

Muchos autores se han encargado de darle una definición exacta, siendo REPRESA POLO quien a nuestro parecer más se acerca a delimitarlo correctamente. Así, para esta autora, a través de la relación de hospedaje «una de las partes se obliga a prestar a la otra una serie de servicios de distinta naturaleza que giran en torno a una prestación principal que sería el alojamiento¹³; mientras que la otra se obliga a pagar un precio global por el conjunto de prestaciones»¹⁴. Podríamos añadir numerosas definiciones elaboradas por la doctrina tanto nacional como extranjera, pero todas ellas vienen a recalcar lo que ya se ha apuntado, con pequeñas variaciones de contenido¹⁵. De

¹² Pese a ello, la proliferación de abundante legislación administrativa afecta de modo directo al ejercicio de la actividad. BADENAS CARPIO, J.M.: “Sobre la posible publicación...”, pág. 622.

¹³ No son pocos los autores partidarios de considerar el alojamiento como la prestación principal del contrato de hospedaje. Así, para GERI, la prestación de alojamiento es claramente prevalente sobre las demás. *La responsabilità civile...*, págs. 11 y ss. Por su parte, CURNELLI señala que el contrato de hospedaje se integra por una pluralidad de prestaciones a cargo de una parte, siendo la principal el alojamiento, que es indefectible y constituye el esquema esencial y constante de la figura. *Il contratto d'albergo...*, pág. 15.

¹⁴ *Responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 36.

¹⁵ Entre la doctrina española, PUIG BRUTAU define el contrato de hospedaje como un «contrato consensual por el que una persona, natural o jurídica, se obliga a prestar a otra alojamiento y proporcionarle alimentación, a cambio del pago de un precio». *Fundamentos...*, pág. 418. Así también JORDANO BAREA, para quien el contrato de hospedaje es aquel contrato en el cual «a cambio de una contraprestación unitaria, se facilita el alojamiento, manutención, calefacción, iluminación y otros servicios auxiliares». “Los contratos...”, pág. 93. En la doctrina italiana, *il contratto d'albergo* es definido, entre otros, por NOTARSTEFANO, quien señala que se trata de un contrato por el cual «una parte (hospedero) se obliga, mediante retribución, a proporcionar a la otra parte (el cliente) alojamiento y todos aquellos servicios necesarios o eventuales que permitan una estancia confortable». *Lineamenti privatistici...*, págs. 23 y ss. Del mismo modo se manifiesta ZUDDAS, quien establece lo siguiente: «por el contrato de albergue, el hospedero se obliga, mediante pago de una retribución en dinero, a proporcionar al cliente alojamiento, poniendo a su disposición otras prestaciones secundarias, como el servicio de bar-restaurante, de lavandería y otras que hagan más cómoda y confortable su estancia». *Il contratto d'albergo...*, pág. 14. Para CAMPIONE, por su parte, el contrato de hospedaje es aquel a través del cual una parte, el hostelero, se obliga a proporcionar a la otra, el cliente, tanto alojamiento como otras

este modo, en principio, todo aquel pacto por el que una de las partes contractuales se compromete, mediante remuneración, a prestar a la otra alojamiento y otros servicios anejos será considerado contrato de hospedaje.

También la jurisprudencia se adhiere a definir el contrato de forma semejante. Así, la SAP de Cádiz de 19 de julio de 2004 lo define como la relación que une a las partes, según la cual se presta alojamiento a cambio de precio; por su lado, la SAP de Madrid de 30 de noviembre del mismo año es más específica, y, con el fin de diferenciarlo de un subarriendo de vivienda, señala que en el hospedaje, además de cederse el uso y disfrute de la habitación, se le presta al huésped algún servicio más, como son los servicios de limpieza y arreglo de la habitación, lavado y planchado de ropa, manutención total o desayuno, etc. Todo ello unido a una característica que no ha sido señalada: el cliente busca la prestación de los servicios de forma puramente temporal y transitoria, sin que exista en él un ánimo de constituir el alojamiento como su residencia habitual¹⁶. Asimismo, la SAP de Madrid de 16 de julio de 2001 hizo suya la definición utilizada por el profesor CASTÁN TOBEÑAS, según la cual el hospedaje es «un contrato consensual, por virtud del que una persona se obliga a prestar a otra alojamiento -suministrándole también o no alimentación- mediante un precio»¹⁷.

Con todo, y pese a que algunas definiciones tanto doctrinales como jurisprudenciales no son muy claras al respecto, hay una cuestión que merece ser recalcada: no creemos correcto, cuando definimos el contrato de hospedaje, aludir únicamente a la prestación de alojamiento como definitoria del mismo¹⁸. No cabe duda

prestaciones, todo ello a cambio de un precio. “Il contratto di...”, pág. 494. Al margen de las definiciones doctrinales, también el legislador ha tenido ocasión de definir el contrato de alojamiento recientemente. De este modo, aunque el Proyecto de Ley de Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014, ha decidido prescindir de la totalidad de los preceptos que la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia español, publicada en 2013, dedicaba a los contratos turísticos, dicha Propuesta incluía dentro de su articulado normas sobre distintos contratos de servicios turísticos y, dentro de ellos, del contrato de alojamiento. Así, el art. 534-12 define el contrato de alojamiento de la siguiente manera: «Por el contrato de alojamiento, el titular de un establecimiento de alojamiento se obliga frente a su cliente a cederle el uso de una o varias habitaciones o dependencias, así como a la custodia de su equipaje, y a prestarle otros servicios, a cambio de una contraprestación en dinero».

¹⁶ Del mismo modo la STS de 8 de enero de 1960 y 20 de junio de 1995.

¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, pág. 705.

¹⁸ También la ley contribuye en ocasiones a la equivocación. Ejemplo de ello es el art. 103 l) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Este artículo, para referirse al contrato de hospedaje, habla de servicio de alojamiento, olvidando que junto a él deben concurrir, para realmente estar en presencia de un contrato de este tipo, otros muchos servicios complementarios.

de que el alojamiento constituirá la prestación principal del hospedaje y que sin él no tenemos este tipo contractual¹⁹, pero esto no significa que solamente con prestar alojamiento el contrato nazca. Es decir, si por algo se caracteriza el hospedaje, si existe un rasgo que lo distingue de los demás contratos en los que también existe cesión del uso de un inmueble, como puede ser el arrendamiento de bienes inmuebles, es precisamente la multitud de servicios que durante la estancia del cliente en el hotel éste va a poner a su disposición, sin los cuales resulta inapropiado hablar de contrato de hospedaje. Son sin duda estos servicios los que constituyen la esencia del contrato y los que encarnan su espíritu²⁰.

Además, si identificamos alojamiento con hospedaje, no solamente desvirtuamos la esencia del contrato, sino que la nota diferenciadora entre el subarriendo y el hospedaje también quedaría difuminada como consecuencia de haber trazado un paralelismo incorrecto. Mientras que en el subarriendo el arrendatario cede el uso y disfrute de alguna de las habitaciones de la vivienda alquilada, en el hospedaje, esa cesión de la habitación va acompañada de algún servicio más, como puede ser el de limpieza y arreglo de la habitación, lavado, planchado de ropa, manutención total o solamente desayuno, etc.²¹. De este modo, en el contrato de hospedaje lo recibido por el huésped no es únicamente aquello que el arrendatario obtuvo de la propiedad, sino otros

¹⁹ Tampoco es unánime entre la doctrina admitir la prevalencia del alojamiento, existiendo autores incapaces de decantarse por ninguna prestación como prestación principal. De este modo, FUBINI observa cómo en este contrato una de las partes contratantes promete varias prestaciones típicas. Concretamente habla de la habitación, los servicios y los víveres. Sin embargo, seguidamente se pregunta lo siguiente: «¿Quién podría, en realidad, subordinar una de estas prestaciones a la otra?, ¿Quién se atrevería a afirmar, por ejemplo, que la prestación esencial es la de alimentos o la habitación, subordinando a éstas todas las otras, que aparecerían como otras tantas prestaciones accesorias?» Y continúa diciendo: «cualquiera de nosotros (...), podría observar que si las prestaciones de servicios no tuvieran carácter fundamental; si la seguridad, la custodia de las cosas propias (...), no pesaran sobre nosotros al decidimos a tomar habitación en un hospedaje o pensión, escogeríamos indudablemente un alojamiento con servicio propio». «Contribución al estudio...», págs. 7 y ss. Del mismo modo JORDANO BAREA, J.: «Los contratos...», pág. 86. Por su parte, DÍEZ-PICAZO llama la atención acerca de que el Código incluye en la prescripción dos conceptos, que son la comida y la habitación. Sin embargo, la interpretación debe ser extensiva y favorable para el consumidor, comprendiendo en el crédito del hotelero todo el conjunto de prestaciones y servicios que, dentro del círculo del hospedaje, se hayan proporcionado al cliente. De este modo, aunque en la terminología del Código se supone el hospedaje como prestación principal, debe aplicarse la misma prescripción a los créditos de los servicios que se llaman con carácter general «restauración». «Comentario al artículo 1967...», pág. 2162.

²⁰ No obstante, esto no quiere decir que el cliente vaya a utilizar todos los servicios que el hotel ofrece, quedando a su elección el disfrutar o no de los mismos. Así, los servicios pueden clasificarse en dos grupos: aquellos que el huésped debe abonar con independencia de que haga uso de ellos, por ir incluidos de todos modos en el precio final (por ejemplo, el servicio de piscina, gimnasio o la limpieza diaria de la habitación); y aquellos otros que no quedan comprendidos en el precio total, debiendo ser abonados de forma independiente (por ejemplo el servicio de guardería o de peluquería, si los hubiere).

²¹ En este sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de Madrid, de 30 de noviembre de 2004; asimismo las STS de 8 de enero de 1960, 29 de octubre de 1962 y 20 de junio de 1995.

muchos servicios, como la manutención. Así, el beneficio que con el hospedaje se obtiene solamente en una parte obedece al uso de la cosa arrendada²², mientras que el subarriendo se limita a la cesión por el arrendatario de una habitación, con o sin muebles, sin facilitarle ningún servicio personal al inquilino²³. Dicho esto, una definición del contrato que creemos completa, por reunirse en ella todo lo que venimos argumentando, es la que sostiene BADENAS CARPIO, quien presenta el contrato de hospedaje del siguiente modo: «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 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»²⁴.

II. Caracteres del contrato de hospedaje.

Una vez definido el contrato, es preciso detenerse en el análisis de sus caracteres más significativos. De este modo, podemos decir que el contrato de hospedaje es un contrato consensual, bilateral, sometido a término²⁵, de tracto sucesivo y no sometido a forma. Todas estas características no ofrecen duda alguna, por lo que es preciso detenernos en otras dos particularidades que sí pueden originar más controversia: la atipicidad y la onerosidad del contrato.

El contrato de hospedaje es un contrato atípico²⁶, o, si se prefiere, un contrato *sui generis*. Ni en el Código Civil, ni tampoco en el Código de Comercio cuenta con normas específicas que lo regulen; solamente algunos preceptos del Código Civil hacen referencia de modo aislado a determinados aspectos del hospedaje; así, los artículos 1783 y 1784 contemplan la responsabilidad del hostelero en caso de incumplimiento del

²² MORENO MOCHOLI, M.: “Convivencia, subarriendo...”, pág. 119.

²³ BOZA MORENO, J.: *Los arrendamientos...*, pág. 143.

²⁴ “Sobre la posible publicación...”, págs. 622 Y 623. No obstante, esta definición la consideramos acertada únicamente en cuanto señala junto al alojamiento la obligación del hotel de prestar ciertos servicios; sin embargo, alberga también desaciertos sobre los que luego volveremos; de este modo, cuestionaremos la naturaleza compleja del contrato, o la no inclusión de la custodia dentro de los servicios a los que el establecimiento hotelero viene obligado.

²⁵ Por regla general, en la relación jurídica que se entabla entre el huésped y el establecimiento hotelero, el término es *esencial*, siendo determinante el cumplimiento exhaustivo de las fechas pactadas, tanto de entrada como de salida, cuya vulneración frustra por completo el interés del cliente en el cumplimiento de la prestación.

²⁶ Es atípico por carecer de una regulación específica en la ley, pero goza de una tipicidad social en cuanto es un contrato con vida propia en el tráfico jurídico. «Su esquematización se ha forjado progresivamente por los usos sociales o jurídicos creados por la práctica, así como los pronunciamientos de los Tribunales y su desarrollo doctrinal». REPRESA POLO, M.P. y DE HARO IZQUIERDO, M.: “Los contratos de hospedaje y...”, pág. 354.

deber de custodia; el art. 1922 hace referencia al crédito preferente del hostelero para el cobro de las deudas derivadas del contrato de hospedaje, y finalmente el art. 1967 se refiere a la prescripción especial de la acción para el cobro de las deudas que provienen de este contrato, que será de tres años.

No obstante la escasez de preceptos destinados al contrato objeto de estudio, la frecuencia del hospedaje en el tráfico jurídico ha obligado a la normativa administrativa a regular determinados aspectos de este contrato de forma más detallada.

Por su parte, la Convención europea sobre responsabilidad de los hosteleros, celebrada en París en 1962, y cuya entrada en vigor se produjo el 15 de febrero de 1967, constituye un referente en el ámbito comunitario. Sin embargo, al no haber ratificado España la Convención, el régimen de la responsabilidad del hostelero recogido en el Código Civil no sufrió modificación alguna, frente a lo que ocurrió en aquellos países que sí firmaron la Convención.

También al hospedaje se refiere de forma muy tímida el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al excluir en su artículo 103 l), la posibilidad de aplicar las normas referentes al derecho de desistimiento cuando estamos en presencia de un contrato de suministro de servicio de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, es decir, frente a un contrato de hospedaje.

Ahora bien, el hecho de que las leyes se ocupen puntualmente del contrato de hospedaje no altera la afirmación de que se trata de un contrato atípico por cuanto que, a diferencia de otros contratos, carece de una regulación propia en las leyes españolas. La justificación de dicha atipicidad podría buscarse en el hecho de que las prestaciones integrantes del mismo pueden encontrar acomodo en las distintas figuras que lo conforman, esencialmente en el arrendamiento de servicios²⁷. De esta forma, la atipicidad del contrato no tiene por qué convertirse en un impedimento que obstaculice la aplicación de unas normas concretas al mismo, siendo perfectamente viable encontrar soluciones acordes en caso de incumplimiento o conflicto; pero esta es una cuestión sobre la que trataremos más adelante, cuando configuremos la naturaleza jurídica del tipo contractual, y cuando intentemos demostrar si estamos o no ante un contrato mixto.

²⁷REPRESA POLO, M.P.: *Responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 34.

Dicho esto, nos centraremos en la otra característica que creemos que merece especial atención: la onerosidad del contrato. No cabe duda de que el precio constituye el elemento esencial de la relación jurídica²⁸. Así, es razonable pensar que los servicios que el establecimiento hotelero ofrece al cliente sean a cambio de una remuneración. Sin embargo, una afirmación rotunda acerca de la exigibilidad de la onerosidad, puede llevar a preguntarnos qué ocurre en aquellos otros casos en los que los clientes del hotel no pagan precio alguno debido a que el hospedaje es consecuencia de, por ejemplo, un regalo del propio establecimiento, o de un sorteo promovido por el hotel en el que han participado. En estos casos, ¿estamos ante un verdadero contrato de hospedaje?

En principio, parece que no resulta jurídicamente lógico establecer diferencias entre el huésped que paga el precio y aquel otro que no abona cantidad alguna por tratarse de un regalo ganado en un sorteo o promoción similar. De este modo, la calificación contractual de los servicios no viene dada en función de la gratuidad o retribución de los mismos.

En este sentido, la normativa europea, en concreto el Marco Común de Referencia, contempla tanto la prestación de servicios a título oneroso como a título lucrativo. Así, aunque en el art. IV.C.- 1:101 se define el contrato de servicios como aquel en el que tiene lugar la realización de una obra o encargo a cambio de una remuneración²⁹, en el apartado 1.b de este primer artículo se extiende el ámbito de aplicación de la normativa sobre servicios a todos aquellos contratos en los que el prestador realice el servicio sin derecho a recibir contraprestación por parte del cliente. Si bien, en defecto de pacto expreso de las partes contractuales, el art. IV.C.-2:101 señala que cuando el prestador del servicio es un empresario o profesional, el contrato se presume oneroso.

Es decir, aunque lo frecuente será la prestación del servicio a cambio de precio, no se descarta la posibilidad de que el servicio se preste gratuitamente, sin dejar por ello de ser considerado como tal, y sin constituir la gratuidad fundamento para excluir, en principio, la aplicación de las normas referentes al contrato³⁰. Ahora bien, la distinción

²⁸PÉREZ SERRANO, N.: *El contrato de hospedaje...*, pág. 101.

²⁹ Sigue el mismo criterio el art. 1:101 PEL SC en el que se define el contrato de servicios como aquel en el que una parte, “el profesional” o “prestador del servicio”, realiza un servicio a favor de la otra parte, “el cliente”, a cambio de una remuneración.

³⁰ Asimismo VILLANUEVA LUPIÓN, para quien la prestación de servicios profesionales suele desempeñarse en el seno del contrato de servicios que es, por naturaleza, un contrato oneroso de actividad

entre los servicios remunerados y los gratuitos puede llegar a tener relevantes consecuencias prácticas, tales como la posibilidad de moderar la responsabilidad del deudor del servicio gratuito por los Tribunales o las distintas consecuencias de la resolución en función del carácter gratuito o remunerado³¹.

III. Sujetos del contrato de hospedaje.

a) El hostelero.

Aunque los artículos 1783 y 1784 C.c. denominan *fondistas o mesoneros* al prestador del servicio de hospedaje, lo cierto es que los términos a los que alude el Código Civil en dichos preceptos ya no responden a las exigencias de la realidad social actual. El prestador del servicio deberá ser denominado en función de la específica prestación que lleve a cabo, o la que aluda más acertadamente a su oficio o profesión, sin embargo, los vocablos *fondistas* y *mesoneros* limitan el campo de aplicación a las prestaciones de alojamiento y comida, por lo que resulta más propio referirnos a esta parte contractual como *hostelero*, cuya nomenclatura comprenderá no solamente el alojamiento, sino muchos otros servicios complementarios, entre los cuales puede encontrarse o no el servicio de manutención³².

Dicho esto, ¿qué características debe reunir el hostelero para poder ser considerado parte de un contrato de hospedaje?, es decir, ¿cuál debe ser su rasgo distintivo? El requisito principal debe ser la dedicación al hospedaje de modo profesional. El hostelero es el sujeto que presta profesionalmente el servicio de hospedaje. De este modo, el hostelero debe ser un empresario a los efectos del artículo 4 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

a cambio de un precio; no obstante, pese a ello, estima esta autora admisible la figura de los contratos de servicios gratuitos atípicos, en los que la prestación de servicios, profesionales o no, puede llevarse a cabo a título de amistad, cortesía, simple benevolencia o voluntariado. Del mismo modo, aun en el seno del contrato de servicios retribuido, el prestador puede renunciar al precio. «Es posible, en definitiva, que un prestador de servicios, profesional o no, se sirva del contrato de servicios para prestar sus servicios remunerados, como también es posible que en virtud de criterios como la amistad, el prestador renuncie expresa o tácitamente a su cobro». *El servicio como objeto...*, pág. 188.

³¹ *Ibidem*, págs. 192 y 193.

³² La manutención no influye de modo decisivo en la existencia del contrato de hospedaje, aunque puede llegar a tener notable importancia.

Si a ello añadimos que el objeto de nuestra investigación se centra únicamente en el hospedaje celebrado entre el huésped y el hotel, no ofrece duda que en estos casos la profesionalidad del establecimiento es más que evidente³³.

Así, la responsabilidad va a surgir en el ejercicio de una industria que exige en todo caso el carácter profesional de quien la asume. Dicha profesionalidad queda manifestada por varios rasgos, siendo los más característicos ejercer la actividad de forma habitual y a cambio de remuneración³⁴.

b) El huésped.

La consideración de huésped, por su parte, se debe atribuir no solamente a quien utiliza *de facto* los servicios prestados por el hotel, sino también a quien no es usuario de los servicios pero sí celebró el contrato de hospedaje, aunque, obviamente, solamente el usuario de los servicios tendrá derecho a ejercitar, como veremos en capítulos posteriores, determinadas acciones. A ello se añade que aunque no hay inconveniente en referirse al huésped como consumidor, debe advertirse que el término no debe ser utilizado en el sentido del art. 3 RD 1/2007³⁵. De este modo, el hecho de que quien

³³ Distintos son los casos en los que la profesionalidad del hostelero no es tan incuestionable, por tratarse de un particular. En este sentido, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ llega a la conclusión de que «la admisión de un huésped en un hogar familiar, aunque tenga carácter retribuido, no debe tener el mismo tratamiento que el profesional hostelero, puesto que los que acogen al huésped no son, en sentido propio, hosteleros que se dediquen profesionalmente al alojamiento de extraños». “El depósito derivado del hospedaje...”, págs. 381 y ss.

³⁴ A esto se añade la obligatoriedad de numerosos trámites administrativos que, como la inscripción, serán necesarios para poder delimitar cuándo realmente estamos ante un servicio profesional. De este modo, solamente pueden ejercer la actividad del hospedaje aquellas personas naturales o jurídicas que reúnen los requisitos prescritos por estas disposiciones administrativas. BLANQUER CRIADO señala como presupuestos básicos para poner en funcionamiento un establecimiento hotelero los siguientes: en primer lugar, es imprescindible obtener una autorización turística cuyo otorgamiento corresponde al organismo de la Administración autónoma competente por razón del territorio. Dicha autorización deberá ir acompañada de los oportunos permisos y licencias municipales, tales como el de apertura de establecimiento o, en su caso, de edificación; en segundo lugar, la autorización turística deberá ser inscrita en el correspondiente Registro. Tal inscripción es gratuita, pero obligatoria, pues tiene como función la de facilitar a la Administración toda la información necesaria para el efectivo control de la actividad hotelera. *Derecho del turismo...*, págs. 373 y ss. No cabe duda de que estos requisitos, aunque de índole administrativa, contribuirán a considerar el servicio prestado como profesional; sin embargo, como señala BADENAS CARPIO, el hospedaje es un contrato de naturaleza privada, cuya existencia y contenido deriva fundamentalmente de los pactos entre particulares. Así, en caso de que un sujeto ejerza la actividad hotelera sin poseer las autorizaciones administrativas correspondientes, no por ello la relación con su huésped devendrá nula o inexistente. Dicha relación seguirá sometida al contenido de los pactos, sin perjuicio de que el huésped pueda ejercitar la acción resolutoria contemplada en el art. 1124 C.c. “Sobre la posible publicación...”, pág. 624.

³⁵ El art. 3 RD 1/2007 establece lo siguiente: «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

utiliza el servicio de alojamiento actúe o no con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, puede traer consigo la aplicación de un régimen jurídico u otro, pero no altera el hecho de que el sujeto en cuestión sea parte del contrato de hospedaje y acreedor del servicio de alojamiento y demás servicios unidos a él.

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

IV. Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato, doctrina y jurisprudencia no han dudado a la hora de calificar el contrato de hospedaje como contrato mixto³⁶ en el que concurren contratos de diversa índole³⁷.

A nivel jurisprudencial, la STS de 20 de junio de 1995 recuerda 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 los viajeros»³⁸.

³⁶ «Los contratos mixtos son aquellos que se cumplen fusionando 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». JORDANO BAREA, J.: «Contratos mixtos...», pág. 328. Por su parte, la doctrina ha propuesto distintas categorías de contratos mixtos con el fin de conseguir clasificar cada una de las variedades en las que se presentan. De este modo, el contrato de hospedaje es un contrato mixto *por combinación*, ya que el hostelero asume diversas prestaciones propias de distintos tipos contractuales que adquieren sustantividad propia en la relación. REPRESA POLO, M.P.: *Responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 51. Así, «pierde algo de su prístina naturaleza al fundirse en el todo constituido por el contrato complejo». PÉREZ SERRANO, N.: *El contrato de hospedaje...*, pág. 110.

³⁷ En la mayoría de los países de nuestro entorno, la calificación del contrato de hospedaje como contrato mixto es asimismo muy frecuente. Así, entre otras, la doctrina italiana afirma que el contrato de hospedaje presenta todas las características del contrato mixto. CAMPIONE, R.: «Il contratto di...», pág. 495.

³⁸ Del mismo modo se pronuncia la SAP de Ciudad Real de 24 de febrero de 1998. De forma muy similar se pronuncia la SAP de Málaga de 30 de julio de 2001 al establecer que el contrato de hospedaje es un «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

En la doctrina, la mayor parte de los autores también aboga por su carácter complejo. Las posiciones doctrinales dominantes reafirman su naturaleza especial *sui generis*³⁹. Así, prácticamente de forma unánime, se ha admitido que el hospedaje es un contrato mixto al quedar el hostelero obligado a cumplir una serie de prestaciones de variada naturaleza (alojamiento, servicio de comidas, depósito de las pertenencias del viajero, limpieza del establecimiento...). De este modo, en un único tipo contractual se presentan varias prestaciones⁴⁰.

Pese a esta tendencia a considerar el contrato como complejo, existen autores que, aun estando de acuerdo con la calificación del contrato como mixto, simplifican las prestaciones ofertadas por el hotel. Así, consideran que la nota esencial del hospedaje es el «complejo jurídico formado por la cesión de habitaciones y el de servicios complementarios»⁴¹.

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 referida caja de seguridad)». Tampoco faltan aquellas sentencias que, como la SAP de Badajoz de 19 de enero de 1999, se refieren al hospedaje como un contrato de naturaleza compleja en el que se contienen obligaciones derivadas del arrendamiento de obra y del arrendamiento de servicios, teniendo que incluir también elementos propios del depósito.

³⁹ Aunque también han existido quienes han defendido que el fundamento del hospedaje se encuentra en un contrato concreto. Así, una posición doctrinal representada por BARASSI o ENNECCERUS, entre otros, considera que la razón de ser del hospedaje se encuentra en la custodia o depósito. BARASSI, L.: *Instituzione di diritto civile...*, pág. 473; ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil...*, pág. 369. Por su parte, una segunda postura, defendida por ABELLO, establece que el contrato de hospedaje es fundamentalmente arrendamiento de cosas. *Trattato della locazione...*, pág. 43. Una tercera postura, esta vez defendida por TRAVIESAS, considera que el contrato de hospedaje puede ser, indistintamente arrendamiento de cosas y de servicios. De este modo establece que «la prestación principal puede consistir en el goce de una cosa o en servicios tratándose de hospedaje: de aquí que el hospedaje pueda implicar un arrendamiento de cosa o un arrendamiento de servicios, según las distintas situaciones». «Contrato de...», pág. 39. Por último, REPRESA POLO considera que puede ser el hospedaje un contrato simple y no complejo, cuando entre el viajero y el hostelero solamente se pacte el alojamiento, en cuanto puesta a disposición de una habitación a favor del cliente. Según esta autora, los servicios de limpieza, de seguridad, de mantenimiento de las instalaciones..., aunque formen parte en todo caso del contenido del contrato de hospedaje, no son suficientes para convertirlo en un contrato complejo, «por cuanto son simplemente deberes que surgen de la relación jurídica y que se establecen con el fin de proteger determinados intereses del viajero distintos a los perseguidos con la prestación principal (...)». *Responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 48.

⁴⁰ No obstante, no sería correcto afirmar que siempre que en una relación contractual concurren distintas prestaciones existe un contrato mixto. Para defender que un contrato es complejo las distintas prestaciones deben integrarse en un único contrato con una sola causa; si por el contrario, coexisten elementos y prestaciones de diversos contratos y éstos conservan su propia causa, nos hallamos ante una unión de contratos, ya que no han llegado a fusionarse, sino que simplemente quedan ligados entre sí pero cada uno con su existencia independiente. REPRESA POLO, M.P.: *Responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 45.

⁴¹ VILLANUEVA LUPIÓN, C.: *Los contratos de servicios...*, pág. 502. Aunque también señala esta autora que si contratamos el suministro de alimentos, dicha prestación será típica de la venta, y no propia del contrato de servicios. *Ibidem*, pág. 503. Esta clasificación es la mantenida también por FUBINI, quien señala que las prestaciones típicas del hospedaje son el arrendamiento de cosa, el arrendamiento de servicios y la venta, ésta última con respecto a los víveres. «Contribución al estudio...», pág. 7.

Con todo, podemos concluir que si en algo están de acuerdo doctrina y jurisprudencia es en afirmar que el contrato de hospedaje es un contrato mixto o complejo en el que el hostelero se compromete a llevar a cabo a favor del cliente prestaciones de diversa índole, siendo las más significativas el arrendamiento de cosa, manifestado en la transmisión del goce y uso de la habitación de hotel, y el arrendamiento de servicios; sin embargo, parece tratarse de una argumentación un tanto mecánica, en gran parte basada en las tradicionales definiciones que se han dado de este contrato.

Por tanto, intentaremos demostrar que, aunque el establecimiento hotelero se compromete a poner a disposición del huésped distintos servicios, esto no convierte al contrato, en principio, en un contrato mixto.

Así, nadie discute que el hostelero queda obligado a ceder el uso y disfrute de una habitación, custodiar ya sea directa o indirectamente los efectos del cliente, garantizar la seguridad de los viajeros, la limpieza de la habitación contratada, así como otros muchos servicios entre los que puede encontrarse el servicio de manutención, piscina, gimnasio o el servicio de internet. Es cierto que todas estas prestaciones conforman el contrato, sin embargo, ¿qué nos hace pensar que alguna de ellas queda excluida de poder ser calificada como servicio? ¿Acaso no son todas ellas, sin exclusión, servicios que el hotel pone a disposición del cliente? Si así fuera, el contrato sería un contrato de servicios en el que, pese a no guardar cada una de estas prestaciones semejanza con las restantes, no darían lugar a la calificación como contrato mixto. Y esto es precisamente lo que trataremos de defender: lejos de ser un contrato complejo, el contrato de hospedaje es, en puridad, un contrato de servicios⁴², en el que, pese a la diversidad de prestaciones, la profesionalidad que caracteriza al hostelero las convierte, junto a otros factores que analizaremos, a todas ellas en servicios a favor del huésped.

⁴²Para VILLANUEVA LUPIÓN se considera que es servicio «aquella actividad que no comporta modificación de una cosa preexistente o la creación de una cosa nueva, o la que no constituye la transmisión de derechos reales o la venta de un bien, o la que no implica la fabricación y distribución de productos; lo que supone una definición de lo que es servicio de un modo negativo, por exclusión de lo que no sea otra cosa». Por su parte, el Marco Común de Referencia lo define como «una obligación de hacer que consiste en una actividad profesional desarrollada conforme a la diligencia debida o estándar de cuidado exigible, que podrá dar lugar o no a un concreto resultado». *El servicio como objeto...*, págs. 101 y 135. Sigue un mismo criterio QUINTANA CARLO, para quien se puede definir el servicio como «toda actividad humana realizada por una persona que no sea el propio usuario, con independencia de que esta otra parte sea una persona física o jurídica, que no esté sometida a una relación de subordinación con el usuario (...) y que no da lugar, a menos a título principal, a la venta de un bien». «Jornadas sobre la responsabilidad del empresario...», pág. 51.

A ello se añade que la ley 3/2014 de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introduce en el art. 59 bis un concepto de contrato de servicios en el que perfectamente encaja el contrato de hospedaje que se viene analizando. De este modo, establece el precepto señalado que se entiende por contrato de servicios «todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio».

Dicho esto, y con el fin de justificar esta conclusión, esto es, que el contrato de hospedaje es un contrato de servicios, se pasa a analizar por separado cada una de las prestaciones que doctrina y jurisprudencia han tenido en cuenta para la calificación del hospedaje como contrato mixto.

El deber de custodia.

Que existe un deber de custodia en el hospedaje no es apenas discutido⁴³; es más, la única referencia que el Código Civil dedica a la responsabilidad del hostelero, es precisamente en caso de incumplimiento de este deber. De este modo, los arts. 1783 y 1784 abordan el depósito necesario⁴⁴ de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones y la responsabilidad que se deriva en caso de incumplimiento.

⁴³ Aun siendo escasa la discrepancia doctrinal con respecto a la existencia de depósito en el hospedaje, hay quien afirma que al no existir entrega por parte del viajero, ni aceptación por parte del *fondista*, parece razonable que existan dudas acerca de la existencia de un verdadero depósito. «La expresión “se reputa también depósito necesario”, no significa la ampliación de la calificación de depósito necesario a una tercera modalidad al lado de las dos del artículo 1781 C.c., sino que contiene una ficción: la de “considerar” o “asimilar” al depósito necesario una figura que ni tan siquiera es depósito». BADOSA COLL, F.: “Comentario al artículo 1783”, pág. 1697. En el mismo sentido, se señala que la vigilancia de los efectos del cliente por el hotelero no es sino una obligación accesoria del contrato de hospedaje, sin que pase a constituir verdaderamente un contrato de depósito. MAZEAUD, H. / MAZEAUD, L. / MAZEAUD, J.: *Lecciones de Derecho...*, pág. 496.

⁴⁴ Es el *Code* francés el texto en el que por primera vez se incluye este supuesto dentro de la categoría de depósito necesario. POTHIER, aunque califica el depósito hotelero como accesorio del contrato de hostelería, lo incluye en su Tratado dentro del contrato de depósito y esta sistemática es la que sigue el Código napoleónico, así como todos los códigos posteriores que estuvieron influenciados por él. MARTÍN SANTISTEBAN, S.: *El depósito y la responsabilidad...*, pág. 163. Entre los códigos decimonónicos que adoptaron como modelo el Código de Napoleón se encuentran por ejemplo el Código austriaco, el suizo o el Código italiano de 1865; sin embargo, tal calificación como depósito necesario es un residuo histórico del que se han desprendido tanto el Código Civil italiano de 1942, en el que desaparece la figura del depósito necesario, como el Código Civil alemán (B.G.B) que dedica un título propio a la responsabilidad del hostelero. También el Código suizo de las obligaciones de 1980 o el Código neerlandés de 1992 suprimen la categoría del depósito necesario. La intención del legislador francés al calificar este depósito como necesario no era otra que permitir a los viajeros beneficiarse del régimen probatorio reconocido al depositante en el depósito miserable, por entender que entre ambas instituciones -depósito miserable y depósito necesario- existe una identidad de razón. El codificador francés entendió que si el viajero sufre daños en sus bienes durante su estancia en el hotel, encuentra unas

Pero todo esto no es óbice para considerar la custodia de los efectos como una más de las prestaciones a las que viene obligado el establecimiento hotelero. Por tanto, existe depósito, pero entendido éste como servicio⁴⁵.

Así, parece erróneo, al dibujar la naturaleza jurídica del contrato de hospedaje, colocar al mismo nivel el arrendamiento de servicios y el depósito, siendo más coherente subsumir éste en aquél, considerándolo un servicio más que, eso sí, contará con regulación legal propia⁴⁶.

Concluyendo, aunque realmente exista un deber de custodia en el contrato de hospedaje, éste puede ser entendido como uno más de los servicios ofrecidos al cliente que, si bien cuenta con su régimen específico en caso de incumplimiento, contenido en los artículos 1783 y 1784 C.c., esto no dificulta su calificación como *servicio a disposición del huésped*, quien tiene derecho a que el hotel custodie sus objetos personales, ya sea directamente o ya sea a través de una caja de seguridad. Por tanto, el depósito será una más de las prestaciones con las que el cliente cuenta, sin que deba ser tratado de forma independiente, por lo menos en lo que se refiere a su calificación como servicio⁴⁷.

dificultades enormes en torno a probar tanto la introducción del equipaje, como su pérdida. Por esta razón se incluye la responsabilidad dentro de la disciplina del depósito necesario. Así, a través del artículo 1950 del *Code* francés se concede validez a la prueba por testigos en este tipo de depósito. REPRESA POLO, M.P.: *Responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 63. Sin embargo, en nuestro Código Civil de 1889, desaparecen los beneficios probatorios de los depósitos necesarios, por lo que el concepto de depósito necesario no encuentra ya su justificación en particularidades probatorias. Pese a ello, nuestra jurisprudencia más reciente, inspirándose, entre otras, en la STS de 11 de julio de 1989, sigue calificando dicho depósito como necesario. Así, por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 1990 establece lo siguiente: «en definitiva, el depósito necesario de los efectos de los viajeros en el lugar donde se alojan deriva, como ya se observó en la Sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1989 (RJ 1989\5598), del contrato de hospedaje del que aquel depósito forma parte. No otra es la conclusión que se deduce de la aplicación de la Orden de 19 de julio de 1968 (RCL 1968\1433, 1619 y NDL 15676), referida a la ordenación de los establecimientos hoteleros, de cuyo art. 78.1. resulta el deber del empresario hotelero de constituirse en depositario de los valores que se le entreguen para su custodia o depósito necesario».

⁴⁵ El deudor, en el contrato de depósito, tiene dos obligaciones: la obligación de custodiar y la de restituir. La primera de estas obligaciones se presenta claramente como una obligación de hacer, y es la que configura al contrato como un contrato de prestación de servicios.

⁴⁶ El propio DCFR contempla en su art. IV. C. 1:101(2) la figura del depósito como uno de los servicios más frecuentes en la práctica.

⁴⁷ Para otorgarle tan calificación es imprescindible resaltar que la más importante de las obligaciones del depositario es la obligación de guarda o custodia. En este sentido, explica MESSINEO que la causa del depósito es, al menos con carácter principal, la custodia de la cosa. *Manual de Derecho Civil y Comercial...*, págs. 270 a 294. Del mismo modo ROCA JUAN argumenta que parece poco probable que el contrato de depósito se constituya para la restitución. “Comentarios a los arts. 1758 a 1789...” pág. 167. La clave de dicha poca probabilidad se encuentra en la inutilidad de «un mecanismo de recuperación de lo que ya se tiene, y bastaría con no depositar». MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: *La prohibición de...*, pág. 179.

El deber de alojamiento.

A través del estudio de contratos típicos en los que también se produce la cesión a uno de los contratantes del uso de un bien inmueble -como por ejemplo el contrato de arrendamiento o el de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico-, intentaremos demostrar por qué la cesión de la habitación de hotel merece un trato diferenciado, no debiendo constituir, *a priori*, como sí ocurre en los supuestos señalados, un arrendamiento de cosa.

Como se viene manifestando, la cesión del uso de un inmueble con el fin de habitar en él durante un periodo de tiempo, no es solamente una prestación caracterizadora del contrato objeto de nuestro estudio, sino que existen otros contratos en los que dicha cesión constituye igualmente la prestación principal. De este modo, por ejemplo, la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, contiene en su Título II “Normas especiales sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico”, por lo que resulta necesario distinguir por qué en estos casos dicha cesión es tratada realmente como un arrendamiento, y por qué en nuestro caso, dicha calificación no corresponde con la realidad. Un paralelismo entre contratos en los que se cede el uso de un inmueble nos hará ver con claridad lo que se pretende transmitir.

- La cesión del uso en el arrendamiento de inmuebles.

Según el art. 1543 C.c., cuando una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado o precio cierto, existe arrendamiento de cosa. Por tanto, parece inútil detenerse en algo que parece obvio y que no es discutido por ningún sector doctrinal: así, quien arrienda una vivienda está arrendando una cosa, en este caso un bien inmueble. El arrendador cede la cosa para el uso y disfrute exclusivo del inquilino⁴⁸, y queda obligado tanto a la entrega de la cosa como a garantizar su goce pacífico⁴⁹; dicha cesión será, como comprobaremos más adelante, distinta en el caso del

⁴⁸ El arrendatario posee, pero como «si no poseyera», es decir, el uso y disfrute que el arrendador le transmite se ejerce sin presencia alguna de aquél, quien permanecerá *oculto* durante la vida del contrato, nada que ver con lo que ocurre en el contrato de hospedaje, en el que la presencia constante del hostelero nos hará plantearnos la naturaleza jurídica del alojamiento.

⁴⁹ Ahora bien, en el arrendamiento de vivienda, no todo queda limitado a la exclusiva cesión del bien inmueble, siendo asimismo objeto de regulación aquellos servicios con los que cuenta la finca arrendada. De este modo, de acuerdo con el art. 20.3 de la LAU «los gastos por servicios con que cuente la finca

hospedaje, donde el espacio físico facilitado al huésped no es cedido en exclusiva, ya que el hotelero tiene acceso al mismo para su constante mantenimiento⁵⁰.

- La cesión del uso del inmueble en el contrato de aprovechamiento por turno.

En el caso del aprovechamiento la cesión del uso del inmueble tiene como finalidad «utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación» (Art. 2 de la LAT). Así, parece que la nota encargada de diferenciar este contrato con el de hospedaje viene dada por la distribución del alojamiento en períodos cíclicos⁵¹.

No obstante, no será esta la única diferencia entre ambos tipos contractuales, siendo el art. 34 de la LAT la prueba de ello. Este artículo establece que «el propietario o promotor es responsable, frente a los titulares de derechos de aprovechamiento por turno, de la efectiva prestación de los servicios (...)». A simple vista, dicho precepto incluso acerca aún más el supuesto al contrato objeto de estudio, puesto que se garantizan una serie de servicios, al igual que ocurre en el hospedaje.

Así las cosas, parece que el hecho de que la LAT regule un derecho a pernoctar *durante más de un período de ocupación*, es lo único que determina la diferencia entre ambos tipos contractuales. Sin embargo, son aquellos servicios, y la forma en la que dichos servicios se prestan, lo que realmente explica un tratamiento diferenciado entre ambos contratos y lo que fundamenta una naturaleza jurídica diversa.

De este modo, nuestro legislador es partidario de que los servicios a los que hace referencia el art. 34 de la Ley 4/2012 (LAT) sean tratados como componente esencial

arrendada que se individualicen mediante aparatos contadores serán en todo caso de cuenta del arrendatario». La norma se está refiriendo a gastos tales como el suministro de energía eléctrica, agua, gas o teléfono: gastos todos ellos que corresponden al inquilino, puesto que en caso contrario «el arrendador estaría sufragando un consumo del arrendatario, produciéndose un claro enriquecimiento de éste en perjuicio del primero». ATAZ LÓPEZ, J.: “Comentario al artículo 1543...”, págs. 481 y 482.

⁵⁰ REPRESA POLO, M.P.: *Responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 48. Es cierto que en ambos contratos se cede el uso de un inmueble; sin embargo, las diferencias entre ambos son patentes, principalmente si tenemos en cuenta que en el hospedaje junto con la cesión del inmueble el hostelero asume otras prestaciones, que son propias del arrendamiento de servicios. «En este sentido, el hospedaje estaría más próximo a la figura del arrendamiento de servicios por cuanto el hotelero asume, en virtud del contrato de hospedaje, la realización de una serie de servicios que en conjunto todos ellos complimentan la prestación de alojamiento, esencia del contrato. Precisamente por consistir el alojamiento en una “actividad en servicio beneficio de otro” podemos calificar la relación como arrendamiento de servicios». REPRESA POLO, M.P. y DE HARO IZQUIERDO, M.: “Los contratos de hospedaje y...”, págs. 358 y 359.

⁵¹ MOLINARI VÍLCHEZ, W.: *La naturaleza jurídica...*, pág. 157.

del derecho de aprovechamiento por turno⁵². Esto nos llevaría a configurar «un derecho real cuyo contenido sería primordialmente un *facere*, lo que lo convierte en un derecho real insólito»⁵³. No son pocos los autores que, como DE PABLO CONTRERAS, afirman que «para el usuario (de “tiempo compartido”) adquiere mucha más significación la relación estable del beneficiario con una empresa de servicios, que su consideración como derecho real»⁵⁴. Parece que no es fácil determinar «si lo que califica a la adquisición realizada es el derecho, real o personal, que permite el disfrute con carácter exclusivo de un alojamiento, o los servicios que van unidos al mismo»⁵⁵. Hasta el extremo de que podría afirmarse que nos encontramos ante el primer caso en nuestro Derecho de existencia de un derecho real de disfrute en el que la satisfacción del interés del titular no proviene, en gran medida, de una relación directa e inmediata con una cosa, sino mediante la realización de una prestación de hacer a cargo de un tercero, el prestador de servicios, que es calificada como inherente al aprovechamiento por turno⁵⁶. Sin embargo, siendo realistas, es muy probable que lo que constituya la verdadera causa de celebración del contrato sea, fundamentalmente, el derecho de disfrute sobre el inmueble, es decir, la transmisión de un derecho a usar y disfrutar periódicamente un espacio delimitado de un concreto inmueble, más que la prestación

⁵² Sin embargo, pese a la importancia que el legislador atribuye a estos servicios, no son pocos los inconvenientes que la doctrina ha ido descubriendo a la hora de poder resolver el contrato en caso de incumplimiento de cualquiera de ellos. Así, el art. 34 de la LAT no contempla directamente la posibilidad de que el consumidor resuelva el contrato en caso de incumplimiento grave de dichos servicios, otorgando únicamente la posibilidad de resolver al propietario o promotor que es con quien realmente contrató la empresa de servicios. A ello se añade otro inconveniente que realmente está íntimamente conectado con lo que hemos argumentado anteriormente: para que el art. 1124 C.c. entre en funcionamiento las prestaciones deben ser recíprocas entre sí. Dichas prestaciones son, por un lado, proporcionar la posesión pacífica del inmueble, y por otro, entregar el precio. En cuanto a la prestación de los servicios, el adquirente tiene la obligación de abonarlos a la empresa de servicios, y no al propietario o promotor. Además, si el propietario se encargara él mismo de los servicios, formaría parte de otro tipo de reciprocidad, ajena totalmente al binomio «derecho-precio» inherente al contrato adquisitivo. RUIZ-RICO RUIZ, J.M. / GARCÍA ALGUACIL, M.J.: “Comentario al artículo 1...”, pág. 82. Para CORDERO CUTILLAS, solamente será posible recurrir a la resolución del contrato cuando la prestación de los servicios sea asumida por el propietario una vez resuelto el contrato con la empresa de servicios. *El derecho de aprovechamiento...*, pág. 121. Por su parte, MUNAR BERNAT, reconoce que cuando los servicios no se prestan de forma adecuada, el adquirente no tiene otra opción que reclamar el cumplimiento o en su caso la indemnización, pero en modo alguno se le autoriza expresamente a reclamar la resolución contractual por incumplimiento. *La regulación Española...*, pág. 263.

⁵³ RUIZ-RICO RUIZ, J.M./ GARCÍA ALGUACIL, M.J.: “Comentario al artículo 1...”, pág. 71.

⁵⁴ “La configuración jurídica...”, pág. 155. Así, también O’CALLAGHAN MUÑOZ establece que el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles es un contrato de prestación de servicios vacacionales. *La multipropiedad...*, pág. 264. También la jurisprudencia viene manteniendo que el contrato es rentable para el propietario o promotor precisamente a través del abono de las cuotas por los servicios complementarios y de mantenimiento del inmueble. Así se expresa la STJCE de 22 de abril de 1999. (C-423/1997). Por su parte, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de marzo de 1993 refleja que también para el adquirente la prestación de servicios es fundamental.

⁵⁵ GÁLVEZ CRIADO, A.: “Comentario al artículo 16...”, pág. 444.

⁵⁶ GÁLVEZ CRIADO, A.: “Comentario al artículo 16...”, pág. 445.

de una serie de servicios turísticos⁵⁷. Y, aun siendo cierto que el legislador apuesta por una unión indisoluble entre el disfrute del inmueble y la prestación de los servicios, no es imposible trazar una línea divisoria entre ambos, máxime si consideramos que es una empresa de servicios ajena al propietario o promotor, la que normalmente se encargará del adecuado funcionamiento de los servicios con los que va a contar el inmueble.

Por tanto, ¿cuál es la verdadera naturaleza jurídica del aprovechamiento por turno? Parece que, aunque los servicios son parte esencial del contenido del contrato, dichos servicios vienen acompañados por un arrendamiento que constituye la verdadera causa de la celebración. Los servicios afectarán de forma directa al goce pacífico del alojamiento, pero merecen un tratamiento separado. La presencia de dichos servicios no es tan potente como para desnaturalizar el alojamiento hasta el punto de convertirlo también en un servicio, como creemos que pasará en el hospedaje. Así, por un lado tendremos un arrendamiento, consistente en el disfrute exclusivo de un inmueble, dotado con el mobiliario adecuado; y por otro lado, estaremos en presencia de un contrato de servicios⁵⁸, a través del cual el titular tiene derecho a recibir la prestación de todos los servicios comunes (calefacción central, agua corriente, limpieza y acondicionamiento del apartamento, asistencias, conserjería; además de aquellos relativos a la infraestructura de carácter deportivo o de ocio del inmueble en cuestión)⁵⁹.

- La cesión del uso del inmueble en el hospedaje.

Antes de centrar toda nuestra atención en la naturaleza jurídica del alojamiento en el contrato de hospedaje, es menester resaltar varias conclusiones extraídas hasta el momento:

1. Existen varios contratos en los que una de las prestaciones es la cesión del uso de un inmueble con el fin de ser éste habitado. Tanto en el arrendamiento de vivienda, como en el arrendamiento de temporada⁶⁰-

⁵⁷RUIZ-RICO RUIZ, J.M./GARCÍA ALGUACIL, M.J.: “Comentario al artículo 1...”, pág. 71.

⁵⁸ Comparte estar en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios VILLANUEVA LUPIÓN, para quien tal calificación no implica que el cumplimiento del contrato consista únicamente en el despliegue de una diligencia debida por parte de la empresa, ya que no es partidaria, al igual que nosotros, de identificar el arrendamiento de servicios con obligaciones de medios. *Los contratos de servicios...*, pág. 384.

⁵⁹ CORDERO CUTILLAS, I.: *El derecho de aprovechamiento...*, pág.118. Por su parte, MOLINARI VÍLCHEZ habla de alumbrado, limpieza de lugares, recogida de basura, piscinas, pistas de tenis, campos de golf, saunas, etc. *La naturaleza jurídica...*, pág. 248.

⁶⁰ También los arrendamientos para uso distinto de vivienda pueden contemplar la cesión de un bien inmueble con destino a ser éste habitado. Así, el art. 3 de la LAU menciona «los arrendamientos de fincas

ambos contemplados en la LAU- así como también en el derecho de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, la cesión del uso del inmueble será la prestación principal del contrato.

2. En el arrendamiento de inmuebles, la cesión del uso constituye no solamente la prestación principal, sino que se eleva a prestación única, por lo que la naturaleza jurídica de este contrato como arrendamiento no ofrece discusión alguna.
3. Por su parte, la LAT contempla junto a la cesión del uso del inmueble, la obligación de prestar unos servicios complementarios, aunque dichos servicios puedan ser prestados por una empresa de servicios ajena. Este hecho determina que no se pueda calificar el contrato como exclusivo de arrendamiento, siendo más bien un contrato típico cuya causa es el intercambio del uso de una cosa más los servicios a cambio de un precio.

Dicho esto, en un principio, podríamos considerar que hospedaje y aprovechamiento por turno coinciden en que en ambos se cede el uso de una habitación junto con la prestación de múltiples servicios que son indispensables para el cliente, y sin los cuales no puede ver satisfecho su interés. Sin embargo, el tratamiento que los servicios merecen en el contrato de hospedaje poco tiene que ver con el tratamiento que merecen en el aprovechamiento por turno, siendo éste el verdadero motivo que nos lleva a pensar que en el contrato que nos ocupa, el alojamiento prestado por el hostelero, también puede calificarse como servicio.

En este sentido, como se ha dicho, no cabe duda de que uno de los aspectos fundamentales del aprovechamiento por turno es la prestación de los múltiples servicios con los que van a contar los complejos inmobiliarios; sin embargo, y pese a la importancia que el legislador atribuye a tales prestaciones, sería incorrecto volcar en ellas todo el peso del contrato. Son importantes, esenciales si se quiere, pero no son la causa única del contrato. Los servicios prestados no implican, como ocurre en el

urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra». En este sentido, RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY entendieron que la temporada tiene una duración inferior a un año, y el fin del contrato no puede recaer en proporcionar al arrendatario un domicilio o residencia habitual. *Derecho de arrendamientos...*, pág. 183. Por su parte, la jurisprudencia, en concreto la SAP de Las Palmas de 7 de febrero de 1997, distingue entre arrendamiento temporal (seis meses) y arrendamiento de temporada. Ahora bien, esto no significa que el arrendamiento por tiempo inferior a un año pueda calificarse de forma automática como arrendamiento de temporada, sino sólo en aquellos casos en los que la finalidad de los contratantes no sea la de satisfacer la necesidad permanente de vivienda. ROJO AJURÍA, L.: “Comentario...”, págs. 76 y 77.

contrato de hospedaje, ni una presencia constante del arrendador, ni continuas prestaciones de hacer a su cargo⁶¹. La posesión que el promotor o propietario transmite es la propia de un arrendamiento, es decir, una posesión autónoma, exenta de constantes intervenciones por parte del arrendador, quien en la mayoría de los casos ni será el encargado de prestar tales servicios. Y esto es así porque los servicios que acompañan al alojamiento no implican dicha intervención constante (calefacción central, agua corriente, infraestructuras de carácter deportivo...); incluso la limpieza y el acondicionamiento del inmueble no se llevarán a cabo constantemente o diariamente, sino solamente antes de ser entregado aquél al usuario, sin que exista la posibilidad de que éste pueda exigir una presencia diaria y constante del propietario en su posesión, como sí ocurrirá en el contrato objeto de estudio. Por tanto, en el aprovechamiento por

⁶¹ Al argumento principal para sostener que el contrato de hospedaje es, en puridad, un contrato de servicios -presencia constante del hotel en la posesión del cliente-, se añaden otras consideraciones igualmente encaminadas a la misma conclusión. Así, considerar que cuando el arrendamiento es de cosa, la posesión que se transmite al arrendatario no lleva aparejadas constantes prestaciones de hacer por parte del arrendador, no es la única razón, aunque sí la más poderosa, para mantener la calificación del alojamiento como servicio. A ella se sumarán algunas otras: de este modo, el tenor literal de la normativa referente a consumo trata el alojamiento como un servicio; muestra de ello son los artículos 93.2 b) y 161 del Real Decreto 1/2007. El primero de ellos se refiere abiertamente al «servicio de alojamiento», mientras el segundo hace referencia a las consecuencias de la no prestación de servicios, entendiendo el alojamiento como uno de ellos. A la literalidad de la ley se agrega otro argumento en forma de ejemplo: la calificación del contrato de clínica u hospitalización como arrendamiento de servicios. La Sentencia del TS de 11 de noviembre de 1991 presenta el contrato como «un contrato atípico y complejo, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pues comprendiendo en todo caso (cualquiera que sea su modalidad) los servicios llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos (de los que luego nos ocuparemos), puede abarcar o no los actos pura y estrictamente médicos, según que, respectivamente, el paciente haya confiado a la clínica dichos actos médicos por medio de sus propios facultativos (dependientes laboral o profesionalmente de la clínica) o haya elegido libremente a un médico ajeno a los del referido establecimiento». En términos similares se pronuncia la SAP de Valencia de 8 de noviembre de 2006, al definir el contrato de clínica como «un contrato atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades ente el paciente y una clínica privada, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado». De estas definiciones se extrae una conclusión acorde a lo que venimos defendiendo: pese a la existencia física de una habitación, el alojamiento en el hospital se considera un servicio de los llamados extramédicos, lo cual, extrapolado al hospedaje, viene a significar que la presencia corporal de la cosa no condiciona la calificación del contrato. Existe un paralelismo claro entre ambos tipos contractuales: en el contrato de clínica u hospitalización, las constantes prestaciones de hacer que los servicios médicos desarrollan, imposibilitan la calificación como contrato mixto en el que también existe arrendamiento; de igual modo debería ocurrir en el hospedaje, donde las continuas prestaciones de hacer que el hostelero lleva a cabo a favor del huésped, asimismo deberían impedir la inclusión de un arrendamiento dentro del contrato, y ello pese a constituir el alojamiento la prestación principal del hospedaje. De este modo, para que estemos ante un arrendamiento de cosa y no ante un contrato de servicios, no creemos que baste la presencia física de la cosa en cuestión, sino que es necesario que la entrega y la posesión se configuren y se desarrollen de un modo específico. Así, las continuas prestaciones de hacer que el hotel desempeña durante el tiempo en el que el cliente disfruta de la habitación, alejan dicho contrato de la figura del arrendamiento. Lo que prima no es que el cliente se aloje en una habitación, sino que dicho alojamiento vaya acompañado de unas características propias que indudablemente convierten al contrato en un contrato de servicios.

turno, la posibilidad de distinguir los servicios del arrendamiento es real y jurídicamente lógica.

El caso del hospedaje es bien distinto. Los servicios que el establecimiento hotelero ofrece impregnan el contrato de tal modo que no es posible sostener la idea de arrendamiento. Así, aunque también en este contrato existe la obligación de proporcionar el uso de un inmueble al huésped, lo cual constituye sin duda una dificultad para calificar el contrato como de servicios, este impedimento no será suficiente para atribuir al hospedaje una naturaleza mixta. En este sentido, la causa del contrato de hospedaje no coincide con la del arrendamiento, puesto que la satisfacción del interés del huésped no se circunscribe al uso de la cosa. La prestación de un servicio puede comportar la transferencia de un bien; sin embargo, lo que verdaderamente satisface el interés del cliente no es la habitación de la que se le hace entrega, sino la actuación del deudor, siendo lo esencial la prestación de la actividad, esto es, el hacer del establecimiento. Así, la decisión de contratar el hospedaje no viene determinada por la cesión del uso de un bien inmueble, sino por la prestación continuada de unos servicios, entre los que se engloba, claro está, el servicio de alojamiento como servicio principal, sin el cual no hay hospedaje. De este modo, no es el derecho de disfrute sobre el inmueble, ni la transmisión de un derecho a usar y disfrutar un espacio delimitado, lo que verdaderamente justifica la existencia de la obligación, como sí ocurre en el arrendamiento.

Por tanto, lo que la parte persigue con el contrato, el fin que tiene el cliente al contratar, no se centra en la cesión de un bien inmueble -cuál sería la habitación-, sino en la prestación de unos servicios, que son los que realmente comprenden la cesión del uso de la cosa⁶².

⁶² Un servicio puede comprender la cesión del uso de una cosa sin por ello quedar desvirtuada su esencia como servicio. Así ocurrirá, por ejemplo, en el contrato de clínica u hospitalización, presentado por la Sentencia del TS de 11 de noviembre de 1991 como un contrato atípico y complejo, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, entre los que se encuentran los servicios llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento). Así, por citar otros casos, aquellos supuestos en los que se contratan tratamientos, terapias o sistemas de relajación, son también servicios que comprenden la cesión del uso de un bien inmueble; pese a ello, se puede rebatir que en los casos citados, la cesión del uso de la cosa tiene carácter instrumental, mientras que quien contrata un hospedaje desea disfrutar de la habitación en sí misma; pero tampoco ello puede suponer un argumento que sirva para destruir nuestra tesis: el uso y disfrute que pretende el cliente no es el propio del arrendatario, sino el propio de un contrato de servicios. El huésped no pretende usar la habitación como lo hace el arrendatario, sino que espera que ese uso esté impregnado de continuas intervenciones por parte del establecimiento hotelero. Por tanto, aun cuando la finalidad sea pasar la noche en la habitación contratada, no es posible hablar de arrendamiento, y ello

Concluyendo, en el contrato de hospedaje se cede el uso de la habitación de tal forma que la posesión que se transmite al huésped no es la propia de un arrendamiento, sino la propia de un contrato de servicios, al ser constantes las intervenciones que el prestatario de los mismos desempeña sobre la habitación.

El deber de restauración.

No ofrece duda que el cliente de un contrato de hospedaje puede contratar lo que comúnmente se viene llamando «media pensión» o «pensión completa». Dicha obligación no se configurará normalmente como la prestación principal del contrato, como sí ocurrirá en los contratos de hostelería o en el contrato de *catering*, pero pasará a ser parte integrante del mismo⁶³.

En aquellos casos en los que el cliente opte por contratar junto al alojamiento la manutención, se plantea cuál es la naturaleza jurídica de dicha prestación. Así, pese a la escasa jurisprudencia en tal sentido, no son pocos los autores que consideran que la obligación de dar alimentos es propia de la venta, como intercambio de víveres por precio⁶⁴. A esta teoría se suma otra que considera que la manutención constituye un verdadero arrendamiento de obra. En este sentido se pronuncia la anteriormente citada STS de 20 de junio de 1995 que recuerda 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».

Sin embargo, con ninguno de los anteriores planteamientos coincidimos. Así, tampoco en este caso existen argumentos para no considerar la manutención como uno

porque el alojamiento por el que se paga el precio, y el que desea el cliente, presenta las características propias de un servicio.

⁶³ GÓMEZ CALLE advierte que es posible que el servicio de restauración de un determinado hotel sea casi tan costoso como la habitación o sea el motivo determinante para decidir a un consumidor a favor de ese hotel en particular. *El contrato de viaje...*, pág. 74.

⁶⁴ VILLANUEVA LUPIÓN, C.: *Los contratos de servicios...*, pág. 469. Del mismo modo, TRAVIESAS, para quien la prestación de alimentos es igualmente una compraventa, constituyendo la colocación del mantel, el cambio de cubiertos... simples prestaciones accesorias. “Contrato de...”, pág. 38. Dicha opinión es mantenida también por BADENAS CARPIO, J.M.: “Sobre la posible publicación...”, pág. 623 y por FUBINI, quien observa que en el contrato de hospedaje una de las partes contratantes promete a la otra varias prestaciones típicas entre las que se encuentra la de prestar alimentos, la cual califica como prestación típica de la compraventa. “Contribución al estudio...”, pág. 7. Igualmente AMAT LLOMBART quien, aunque haciendo referencia al contrato de agroturismo, califica también la pensión alimenticia como prestación típica de la venta. De este modo, uno de los contratantes se obliga a dar una cosa determinada, transmitiendo la propiedad a otro, el cual abonará por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente. “Acerca de la naturaleza jurídica...”, pág. 121.

más de los servicios ofertados por el hotel. El planteamiento que seguimos es idéntico al utilizado en los anteriores supuestos analizados: el servicio se presta de manera tal que resulta imposible calificar la prestación como de compraventa. Así, su inclusión en un contrato como el de hospedaje, unido a la forma en la que se sirve la comida y a la profesionalidad del hostelero, nos hace dudar de la compraventa como la calificación más acertada. A esto se añade que el cliente no paga *unos alimentos*, sino un servicio que incluye la elaboración de los mismos, servirlos al cliente, así como otras prestaciones que poco tienen que ver con el simple suministro de dichos alimentos.

De este modo, pese a la transmisión de los víveres, también aquí las continuas prestaciones de hacer por parte del establecimiento hotelero configuran la manutención como uno más de los servicios puestos a disposición del huésped, quien, como ocurre con el resto de los servicios, tiene derecho a disfrutar del mismo.

CAPÍTULO II. LA FASE PRECONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE HOSPEDAJE.

I. El derecho de información: concepto, fundamento y finalidad.

En la vida del contrato existen dos etapas claramente diferenciadas: la fase anterior a la celebración del contrato, denominada fase de preparación o formación del contrato, y la fase posterior, llamada fase de ejecución. Ambos periodos se encuentran separados por un momento clave: la perfección del contrato, que se produce cuando las voluntades de ambas partes se cruzan, dando lugar al nacimiento del mismo.

Este capítulo irá principalmente dirigido al análisis de la primera etapa, y concretamente al deber de información y al estudio del papel de la publicidad como factores determinantes en la formación del contrato de hospedaje. Como se viene sosteniendo por la doctrina más reciente, informar al huésped de aquello que contrata se ha convertido en el derecho clave del que goza en el período precontractual, por lo que resulta indispensable analizar cómo se configura este derecho en el contrato objeto de estudio.

Ante todo, la información es un acto comunicativo mediante el cual se pretende dar a conocer el alcance y las características del servicio que va a ser contratado por el cliente. De este modo, puede definirse la información como «un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio»⁶⁵.

Dicha obligación, o si se quiere carga informativa que corresponde en nuestro caso al hostelero, encuentra su fundamento en distintos preceptos repartidos en diferentes textos legales. De este modo, por ejemplo, el artículo 8 del Real Decreto 1/2007 señala, en su cuarto apartado, entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios «la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo y

⁶⁵ LLOBET I AGUADO, J.: *El deber de información...*, pág. 33.

disfrute». Así, la información que el hostelero debe proporcionar al cliente se configura como uno de los parámetros básicos desde los que se debe interpretar cualquier norma relativa a consumo, convirtiéndose dicho deber en uno de los principios fundamentales que impregnan el derecho de la contratación con consumidores.

Sin embargo, y pese a la extensa normativa que se encarga de su desarrollo, el deber de información se encuentra justificado sin necesidad de acudir a ninguna norma específica. Así, una interpretación correcta del contrato y acorde al principio de buena fe reconocido universalmente y al que hacen referencia los artículos 7 y 1258 del C.c., nos conduciría a conclusiones muy similares. La *bona fides* obliga por sí sola al hostelero a procurar al huésped la información que le resulte precisa con el fin de poder formar su voluntad contractual⁶⁶.

Dicho esto, ¿cuál es su finalidad?, es decir, ¿qué se pretende al garantizar la información del cliente? y, sobre todo, ¿qué requisitos debe reunir el deber de informar para efectivamente cumplir con la finalidad pretendida? Vayamos por partes: no se ha dicho en otros apartados, pero resulta de especial importancia señalarlo ahora, que el contrato de hospedaje es, en la mayoría de las ocasiones, un contrato de los que el RD 1/2007 denomina «contratos a distancia»⁶⁷. Por tanto, dada la singular modalidad de contratación y la especial situación del consumidor en estos casos, la finalidad última de la información no consiste *únicamente* en asegurar una decisión contractual consciente y bien formada⁶⁸, sino que también influye en la competencia en el mercado, puesto que

⁶⁶ Aunque la ley no lo estableciera expresamente, ya la buena fe impondría a quien pretende contratar con el consumidor facilitarle, antes de perfeccionar el contrato, toda la información completa, clara y exacta acerca de la prestación ofertada. GÓMEZ CALLE, E.: *El contrato de viaje...*, pág. 168. A esto se añade que «si el principio de buena fe debe regir las relaciones contractuales, prescindiendo de la existencia o no de una situación de desequilibrio entre las partes, con mayor razón debe aplicarse tal principio a las relaciones precontractuales cuando éstas se caracterizan por un desequilibrio entre las partes producido por la mayor información de una y la ignorancia de la otra». LLOBET I AGUADO, J.: *El deber de información...*, pág. 38.

⁶⁷ El art. 92 RD 1/2007 establece que estamos en presencia de un contrato celebrado a distancia cuando no existe presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y cuando se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.

Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, internet, el teléfono o el fax.

⁶⁸ Si el consumidor no conoce con exactitud las características del servicio antes de contratar, resulta probable que su decisión adolezca de errores. Por tanto, para que conozca el alcance de su compromiso, son fundamentales los deberes de información previa. En este sentido, según GARCÍA VICENTE, con el que coincidimos plenamente, las razones para establecer deberes de información en el derecho contractual de consumo son las siguientes: en primer lugar, la protección de la libertad de decisión sobre si contratar o no hacerlo; en segundo lugar, el conocimiento del alcance del compromiso desde el punto de vista económico y jurídico. Por último, el conocimiento de las cualidades de la prestación, que no se reducen a

es «garantía» de la transparencia⁶⁹. Al margen de dicha puntualización, la información precontractual tiene como principal fin permitir que el consumidor se haga una idea exacta de aquello que va a contratar de modo que pueda comparar distintas ofertas y valorar correctamente la conveniencia de celebrar o no el contrato⁷⁰. Es decir, se pretende garantizar la integridad del consentimiento y su carencia de vicios⁷¹.

Asimismo, para conseguir la finalidad pretendida por el ordenamiento, la información que el consumidor recibe debe reunir una serie de características propias, que hagan efectiva la protección; para determinar dichos requisitos, bastaría con acudir al principio de buena fe; sin embargo, igualmente la ley detalla cuáles deben ser sus atributos distintivos. Así, el art. 60 RD 1/2007, entre otros preceptos, señala que ha de tratarse de una información clara, comprensible, relevante, veraz y suficiente⁷². De modo casi idéntico se pronuncia el art. 97, en sede de contratación a distancia, al afirmar en su párrafo primero que la información deberá facilitarse al consumidor y usuario de modo claro y comprensible. Parece obvio: si el legislador impone la obligación de informar al consumidor acerca del servicio que contrata, es acorde a dicha imposición que la información proporcionada reúna condiciones que contribuyan a su utilidad.

II. La información proporcionada por la publicidad.

su utilidad o función. En definitiva, los deberes precontractuales de información permiten a su destinatario reflexionar sobre la conveniencia de celebrar o no el contrato. “Comentario al artículo 60”, págs. 768 y ss. Una tesis contraria es defendida por REHM, quien se cuestiona si la protección al consumidor verdaderamente sirve como fundamento suficiente que justifique el deber de informar. Es cierto que la obligación de información posibilita que el consumidor considere mejor sus intereses, y de esto podría deducirse que son un factor decisivo para mejorar la justicia contractual material; sin embargo, según este autor, no está nada claro que sea una de las partes contractuales, en este caso el empresario, la que esté obligada a informar y la que tenga que encargarse de la justicia material de un contrato que contrapone los intereses de las partes, como si además de considerar su interés propio, tuviera que velar por el interés general. *Aufklärungspflichten...*, págs. 61 y ss. Así, la propuesta de este autor es que el fundamento último de la obligación de información lo constituye el hecho de que al deudor de la información se le remunere «típicamente» por su prestación informativa, resultando así compensado por la labor de informar a la otra parte contractual. BASOZÁBAL ARRUE, X.: «En torno a las obligaciones...», pág. 687.

⁶⁹ GARCÍA VICENTE, J.R.: “La contratación con...”, págs. 1467 y 1468. Como también explica GÓMEZ CALLE, esta perspectiva más amplia «implica que cierto tipo de información es necesario para el óptimo reparto y la explotación más racional y provechosa de los recursos económicos (escasos) de un país; asimismo lo es para fomentar las condiciones de transparencia y de competencia en el mercado». *Los deberes precontractuales...*, pág. 19.

⁷⁰ RIESENHUBER, K.: *Europäisches...*, pág. 121.

⁷¹ POILLOT, E.: *Droit européen de la consommation...*, págs. 223 y ss.

⁷² El art. 8 d) TRLGDCU menciona el carácter «correcto» de la información y el art. 154.3 del mismo texto legal su carácter «comprobable». Fuera ya del TRLGDCU, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, se refiere en su artículo 27.1 a una información «clara, comprensible e inequívoca». El DCFR también aborda la mencionada cuestión en el precepto II. -3:106. Los apartados (1) y (2) imponen al empresario la obligación de transmitir la información precontractual de forma clara, precisa y en un lenguaje sencillo e inteligible.

Tal y como indica la STS de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011\3995) «la relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de un comprador medio es cada vez mayor». Así, no resulta descabellado afirmar que en la mayor parte de las ocasiones el cliente de un contrato de hospedaje adquiere por primera vez información del establecimiento hotelero a través de la publicidad, por lo que es conveniente tratar de manera separada este fenómeno y estudiar las consecuencias que tendría un posible desajuste entre lo publicitado y lo realmente ofrecido.

En primer lugar, dice el art. 2 de la ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que se entiende por publicidad «toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones». Por tanto, además de informar, el objetivo principal de la publicidad es promocionar la contratación de los productos y servicios que ofrece⁷³; ahora bien, a la publicidad a la que se dedica este epígrafe no es a aquella que se encarga de la mera promoción, pero que no constituye oferta contractual, esto es, la publicidad de reclamo, sino que nuestro interés se centra en lo que la doctrina comúnmente ha denominado *oferta publicitaria*, es decir, la publicidad a través de la cual se propone la contratación del servicio, en unas condiciones específicas. En este sentido, aunque las diferencias con la información precontractual siguen resultado más que evidentes⁷⁴, no cabe duda

⁷³ Por este motivo se atribuyen a la publicidad dos funciones básicas: en primer lugar, informar a los consumidores, permitiendo de este modo un modelo de comunicación entre ellos y los profesionales que en buena medida sustituye al contacto directo y personalizado entre ambos; en segundo lugar, una función de carácter disuasorio dirigida a influir psicológicamente en los consumidores. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de Derecho...*, pág. 407.

⁷⁴ Aunque entre publicidad e información precontractual existe una estrecha relación, las diferencias que existen entre ambas son asimismo notables: hacer o no publicidad de un servicio es una decisión que corresponde a quien comercializa, como lo es también limitarse a hacer una publicidad meramente sugestiva o dotada de contenido informativo. Asimismo, mientras el acreedor del deber precontractual de informar es siempre una persona determinada, la publicidad está destinada a todos los ciudadanos, aunque no sean potenciales contratantes. GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales...*, pág. 73. En el mismo sentido, PICATOSTE BOBILLO, J.: «El derecho de información...», pág. 403. Así, para la doctrina, las diferencias más significativas entre la información debida en una relación precontractual y la debida por comunicación publicitaria, son las siguientes: la información precontractual pretende transmitir a la contraparte el conocimiento necesario para dar un consentimiento reflexivo y claro, mientras que en la publicitaria se trata de promover la contratación; mientras que la información precontractual debe ser objetiva, la publicitaria puede ser subjetiva; mientras que la información precontractual es obligatoria para los empresarios que ponen un servicio en el mercado, la información publicitaria no lo es; en cuanto a los destinatarios, en la información precontractual lo son aquellos a los que se le ofrece el servicio, mientras que la información publicitaria se ofrece a la generalidad; por último, en cuanto al sujeto protegido, aunque ambas protegen al consumidor, la publicitaria también pretende defender a los empresarios entre sí, a través de las reglas de la competencia.

de que a través de este tipo de publicidad también se dan a conocer aspectos del servicio ofertado. De ahí la necesidad de controlarla, no solamente para evitar una competencia desleal entre las empresas, sino también para proteger al consumidor de decepciones por frustración de expectativas falsamente creadas por la publicidad⁷⁵.

Por tanto, debido a la repercusión práctica de la que goza este fenómeno, el estudio del art. 61 TR⁷⁶, que hace referencia a la publicidad con valor informativo, cobra especial importancia. A través de este precepto, así como también de otras normas que aluden a la publicidad, se analizará, tanto el carácter vinculante de la misma, como las consecuencias jurídicas que derivan de su incumplimiento en la fase de ejecución del contrato.

En este sentido, y como bien señala tanto la doctrina como la jurisprudencia, la información contenida en medios publicitarios que contenga una referencia específica a las características del servicio, «no sólo genera una legítima expectativa en el adquirente, sino que, y sobre todo, constituye parte de la oferta de quien realiza la actividad de promoción (...); por ello no es extraño que la jurisprudencia primero y la legislación después obligasen al empresario anunciador en los términos de lo ofrecido en su publicidad»⁷⁷. De igual modo se pronuncia la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos⁷⁸ al declarar en su art. 1276 que «quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta».

Por tanto, aunque en fase de publicidad las partes aún no se encuentran estrictamente en fase de negociaciones precontractuales, esto no es óbice para que la

⁷⁵ GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales...*, pág. 74.

⁷⁶ Dice este artículo que «1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad».

⁷⁷ PICATOSTE BOBILLO, J.: «El derecho de información...», pág. 404.

⁷⁸ Boletín de información. Año LXIII, Madrid, enero de 2009.

información aportada por aquella deba ser real y vinculante en caso de llegar a celebrarse el contrato: así se deduce no solamente de preceptos generales del Código - arts. 7 y 1258⁷⁹-, sino también del ya mencionado art. 61 RD 1/2007⁸⁰.

Es más, existen determinados contratos, no alejados del hospedaje, en los que un precepto específico determina el carácter vinculante de la publicidad, sin necesidad de acudir a los generales. En este sentido, el carácter vinculante del folleto informativo se recalca en el art 153 TR, dedicado a viajes combinados. La publicidad en él contenida constituye una oferta de carácter vinculante, cuyos contenidos se incorporan al contrato. Si se tratara de informaciones engañosas, podrían dar lugar a la anulación del contrato por error⁸¹.

Por tanto, aunque la publicidad tenga carácter voluntario, en el momento en el que el empresario decide incluirla, ésta debe ajustarse a los requisitos impuestos por la ley. Así, por ejemplo, no solamente será vinculante, sino que además deberá cumplir el contenido mínimo previsto en el art. 20 TRLDU⁸².

Por otra parte, ¿cuál es la *ratio* del art. 61 TR? ¿Por qué este artículo se encarga de establecer que la publicidad es exigible por el consumidor aun cuando no figure

⁷⁹ En la idea de la buena fe hace también especial hincapié DÍAZ MORENO, para quien «sería incompatible con la buena fe contractual negar las prestaciones expresadas en la publicidad cuando esta se realiza, precisamente, para incitar a contratar. «La protección del consumidor...», págs. 232 y 233.

⁸⁰ El art. II.-3:102 DCFR, dedicado especialmente a evitar una información engañosa a través de la publicidad establece en su párrafo primero que «cuando un empresario está publicitando bienes muebles, otros activos o servicios a un consumidor, el empresario tiene el deber de no proveer información engañosa. La información es engañosa si falsea u omite hechos que un consumidor medio esperaría recibir para tomar una decisión informada sobre si seguir dando pasos hacia la conclusión del contrato. A la hora de valorar lo que un consumidor medio podría esperar recibir, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación empleado».

⁸¹ MORALEJO IMBERNÓN, N.: “Comentario al artículo 153 TRLDU”, pág. 1793. No obstante, este carácter vinculante también contempla posibles excepciones. Dice el artículo 153 RD1/2007 que el carácter vinculante cesará en los siguientes casos: que los cambios en dicha información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor y usuario antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta, o en el caso de que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes. A estas dos excepciones habrá que sumar una tercera también contenida en la ley, aquellos casos en los que el contrato contemple cláusulas aún más beneficiosas para el consumidor. Las excepciones poco aportan: las dos primeras parecen consecuencias lógicas de una correcta interpretación del principio de buena fe, y a la tercera se refiere el art. 61 RD 1/2007 cuando establece que «si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad».

⁸² Da la sensación de que lo que motiva la regulación del contenido específico de la oferta comercial no es otra cosa que la cada vez más frecuente sustitución de los tratos preliminares por ella; por este motivo, el legislador se ha visto obligado a incluir dentro del art. 20 RD 1/2007 parámetros casi idénticos a los contenidos en el art. 60 del mismo texto legal, relativo a la información previa al contrato.

expresamente en el contrato celebrado? ¿Qué intenta proteger el legislador al otorgar a la publicidad carácter vinculante? En este sentido, la mayor parte de la doctrina se mantiene unida al sostener que aquello que el legislador trata de salvaguardar es la confianza negocial fundamentalmente generada en el ánimo de los consumidores y usuarios destinatarios de los actos publicitarios o promocionales⁸³. «La tutela de la confianza del consumidor parece ser el fundamento de esta regla de integración, puesto que se protegen las expectativas del consumidor sobre la naturaleza y condiciones de las prestaciones, derivadas de las afirmaciones vertidas en las declaraciones públicas»⁸⁴.

Afianzada la idea de que la publicidad integra el contenido del contrato⁸⁵, y por tanto vincula y puede ser exigible por el consumidor que encuentre discordancias entre lo publicitado y lo realmente ofrecido, es menester hacer referencia a determinadas cuestiones que pueden suscitar dudas en cuanto a la mencionada integración de la publicidad.

- En primer lugar, existen determinados preceptos del TRLDCU, cuyo contenido se aplicará con independencia de que la parte que contrata el hospedaje sea o no una persona que actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional. Uno de estos artículos será precisamente el que venimos analizando -art. 61 TR-, y lo mismo sucederá con el art. 60, dedicado a la información precontractual y al que más adelante haremos mención. El fundamento de aplicar el contenido de tales preceptos también a aquellos casos en los que el hospedaje no sea contratado por un consumidor en el sentido del art. 3 TR es bien sencillo: son normas que hacen referencia a derechos ejercitables conforme al principio de buena fe contractual; así, aunque ayudan a concretar el contenido de la oferta comercial, el contenido de la información precontractual, o a resaltar el carácter vinculante de ambas,

⁸³ Sin embargo, resulta dudoso que la norma solamente haya sido confeccionada al servicio de los intereses de los consumidores; por ello estamos de acuerdo en afirmar que «también es una norma de ordenación del sistema jurídico de contratación con los consumidores y usuarios que preordena el *iter* o proceso de formación del contrato con consumidores y usuarios» FONT GALÁN, J.I.: «Publicidad comercial...», pág. 157. Continúa diciendo este autor que lo realmente novedoso del art. 61 es que este precepto da pie para apreciar que en los contratos establecidos con consumidores el *iter* formativo del contrato se retrotrae «al punto de arranque que supone la puesta en práctica de estas operaciones o prácticas comerciales de promoción del contrato». «Publicidad comercial...», pág. 167.

⁸⁴ GARCÍA VICENTE, J.R.: “Comentario al artículo 61”, pág. 784.

⁸⁵ La publicidad susceptible de incorporarse al contrato será vinculante si efectivamente genera expectativas concretas al consumidor, es decir, si tiene «contenido informativo». A esto se añade que los aspectos sobre los que surge la vinculación son normalmente «cualquier cualidad de la prestación o las condiciones jurídicas y económicas del contrato». GARCÍA VICENTE, J.R.: “Comentario al artículo 61”, pág. 785.

una correcta interpretación del art. 7 y del art. 1258 C.c. nos conduciría a conclusiones muy semejantes. Por tanto, creemos razonable generalizar el alcance de estos preceptos a cualquiera que contrate un hospedaje, no limitando su aplicación al Derecho del consumo.

- En segundo lugar, también es necesario hacer referencia a un aspecto que puede resultar obvio: la publicidad, al igual que ocurrirá con la información precontractual, vincula con independencia de su procedencia. Así, en nuestro caso, es posible que la información vertida a través de la publicidad provenga de una agencia de viajes que actúa como mera intermediaria entre el cliente y el establecimiento hotelero. En estos casos, las declaraciones realizadas por la agencia también vincularán al hotel, siempre que hayan sido vertidas por aquélla con el conocimiento de éste último⁸⁶.
- En tercer lugar, la publicidad vincula sin importar si es dolosa o no, aunque los remedios que se activen a favor del perjudicado varíen según sea o no imputable el incumplimiento. En este sentido «no se considera necesario que hubiese culpa o dolo de parte del emisor de la publicidad: que de buena fe creyese en la exactitud de lo anunciado no es razón para considerarle no vinculado por ello, ya que ha suscitado la legítima confianza de quienes recibieron el mensaje»⁸⁷.
- Por último, el carácter vinculante de la publicidad ¿solamente se activa en aquellos casos en los que el contrato ha llegado efectivamente a celebrarse o, por el contrario, el consumidor puede exigir que el contrato se celebre en las condiciones anunciadas en la publicidad? La literalidad del art. 61 TR parece indicar que el precepto está pensando en un consumidor que ha celebrado el contrato. Así, se refiere al derecho que tiene el consumidor a exigir el contenido anunciado en la oferta, promoción o publicidad, aun cuando aquellas condiciones o características publicitadas no figuren expresamente en el *contrato celebrado*. A idéntica conclusión nos lleva la interpretación del art.

⁸⁶ Aunque referido exclusivamente a productos, parece que el art. 1276 de la PMCC en su párrafo segundo viene a defender esta misma idea, al recalcar que la publicidad tendrá valor vinculante aunque «las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional». Del mismo modo, aunque pensando asimismo en un contrato de compraventa GARCÍA VICENTE, J.R.: «Comentario al artículo 61», págs. 790 y ss.

⁸⁷ GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales...*, pág. 74. En este sentido, se entiende que el art. 61 establece un régimen de responsabilidad objetiva. MORALES MORENO, A.: «Información publicitaria...», pág. 685.

1258 C.c., del que se desprende que los efectos de la buena fe se despliegan siempre que el contrato se haya perfeccionado⁸⁸.

Sin embargo, pese a la opinión de quienes defienden que antes de la celebración del contrato, no asiste al consumidor un derecho de integración publicitaria quedando, pues, «desasistido de protección precontractual en lo concerniente a exigir que el contenido de las ofertas promocionales o publicitarias se incorpore al contenido de la oferta contractual»⁸⁹, creemos que, a no ser que con anterioridad a la perfección del contrato el empresario haya revocado correctamente su oferta -y siempre que sea ésta revocable-, no hay razones jurídicas para que no queden integradas las ofertas publicitarias en el contenido prestacional. Es más, si el consumidor tiene derecho a exigir, una vez celebrado el contrato, que las ofertas publicitarias integren el contenido del mismo, no puede esto significar sino que el comerciante «tiene la previa y antecedente obligación legal de integrar su oferta contractual con los contenidos negociales de sus ofertas comerciales, publicitarias o promocionales»⁹⁰.

Por tanto, a modo de conclusión, creemos firmemente que los consumidores tienen derecho a exigir los contenidos publicitarios prometidos en las ofertas comerciales, siempre que, claro está, estas ofertas no hayan sido revocadas correctamente por el empresario que las realizó, o siempre que el contenido de dicha publicidad no haya sido expresamente excluido en la fase de tratos preliminares.

III. La información precontractual: normas aplicables al hospedaje.

Como ya se apuntó con anterioridad, los deberes de información juegan un papel decisivo en el desarrollo de los tratos preliminares, siendo determinantes para formar la voluntad negocial. Por ello, son muchos los preceptos que se encargan de regular estos

⁸⁸ PICATOSTE BOBILLO, J.: «El derecho de información...», pág. 409. En sentido similar, SCHULZE, R.: «Deberes precontractuales...», pág. 40. Así también GARCÍA VICENTE según el cual «el efecto de la integración o fuerza vinculante sólo se produce en el caso de que el contrato se celebre». “Comentario al artículo 61”, pág. 784.

⁸⁹ FONT GALÁN, J.I.: «Publicidad comercial...», pág. 172.

⁹⁰A esto se añade que el empresario que a través de la publicidad hace evidente su ánimo negocial, no puede ir, en el momento de redactar el documento del contrato, contra el contenido negocial de sus «propios actos promocionales o publicitarios». FONT GALÁN, J.I.: «Publicidad comercial...», págs. 173 y 174.

deberes en distintas normas de nuestro ordenamiento, siendo necesario extraer aquellos que realmente son aplicables al contrato objeto de estudio:

- Si el contrato se ha celebrado a distancia y con un consumidor en el sentido del art. 3 TR -lo que constituirá el supuesto más frecuente-, rige el art. 97 TR, en el que se detalla la información precontractual que debe ser proporcionada al consumidor de un contrato celebrado a distancia. Este precepto, por su carácter especial, se antepone al art. 60 TR, el cual, por su carácter general, se aplicará subsidiariamente⁹¹. Establece este último precepto en su apartado primero que «antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas»⁹².
- Ahora bien, si el contrato no se ha celebrado con un consumidor en el sentido del art. 3 TR, ¿qué deberes de información corresponden de *lege data* al empresario y cuál es su fundamento jurídico? ¿Sería posible aplicar analógicamente la normativa de viajes combinados (art. 152 RD172007), en cuanto que en ella se establece, en su art. 151.g, un concepto de consumidor distinto, que abarca a cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario? En este sentido, y sin ánimo de profundizar demasiado sobre los requisitos de la aplicación analógica, creemos que ésta debe tener por objetivo resolver problemas no específicamente resueltos en las leyes, pero en ningún caso imponer deberes que no han sido establecidos por el legislador. Así las cosas, en aquellos supuestos en los que el hospedaje no se haya celebrado con un consumidor en el sentido del art. 3 TR, los deberes de información que corresponden al hostelero deben ser los mismos que los que se

⁹¹ También se podría hacer mención a otros artículos que, aun ya fuera del RD 1/2007, pueden ser aplicables al contrato de hospedaje: así, por ejemplo, el art. 22 de la ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por la que se traspone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; o asimismo el art. 27 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

⁹² De forma semejante se expresa el art. II.-3:101 DCFR. La finalidad del art. II.-3:101 DCFR, que es prácticamente idéntico al art. 2:102 Principios *Acquis*, es la de facilitar al ofertado todos aquellos datos relevantes sobre el producto o el servicio que luego puedan implicar responsabilidad del proveedor por falta de conformidad porque presentan una calidad inferior al estándar esperado según el tipo de bien o servicio. NASARRE AZNAR, S.: *Derecho Europeo de Contratos...*, pág. 190.

establecen en los arts. 97 y 60 TR anteriormente expuestos, y ello por lo que ya se ha venido repitiendo: en estos casos habría que acudir al régimen general, esto es, a la aplicación del art. 1258 C.c., el cual, puesto en conexión con el art.7 C.c., nos va a conducir a conclusiones idénticas que las planteadas por los preceptos del texto refundido. Por tanto, ya sea a través de los arts. 97 y 60 TR -cuando una de las partes es consumidor en el sentido del art. 3 TR-, ya sea a través de la aplicación del principio de la buena fe -cuando el huésped no es consumidor según lo dispuesto en dicho precepto-, lo que resulta claro es que el hostelero debe poner en conocimiento del huésped toda la información que se requiere para formar su voluntad contractual, y debe hacerlo de forma que dicha información sirva para conseguir el fin pretendido, esto es, de forma clara y comprensible.

IV. Contenido de la obligación precontractual de información.

Llegados a este punto, conviene plantearse en qué consiste exactamente el deber de información precontractual al que viene obligado el empresario, es decir, ¿cuándo se entiende que el hostelero ha cumplido con su obligación de informar al huésped? Para responder a estas preguntas es necesario establecer una clasificación acerca del contenido de la información. Así, el hostelero viene obligado a informar principalmente sobre los siguientes aspectos:

- a) Información relativa al servicio ofertado en cuestión: como se ha establecido anteriormente, el hostelero vendrá obligado a revelar al cliente antes del perfeccionamiento del contrato, las características principales del servicio que ofrece, así como también la forma en la que se contrata -con independencia de que sea impuesta dicha obligación por los arts. 97 y 60 TR o derive del principio de buena fe contractual, según estemos ante un consumidor en el sentido del art. 3 TR o no-. Ahora bien, si tratamos de adaptar este deber a las exigencias del contrato de hospedaje -ya que la información a la que se debe aspirar debe ser acorde a las exigencias del contrato elegido-, se puede afirmar que el hostelero vendrá obligado a informar sobre cualquier particularidad relevante que pueda influir en la decisión del huésped: servicios con los que cuentan las habitaciones (minibar, televisión con satélite, teléfono, aire acondicionado, caja fuerte, conexión a internet...); servicios comunes (gimnasio, piscina, jardines, sauna,

ascensores, lavandería...); ubicación (su proximidad con respecto al centro de la ciudad, puntos de interés turístico...). En definitiva, las características esenciales del bien o servicio. También deberá informársele de la forma de contratación, formas de pago, así como del precio completo⁹³, incluyendo los impuestos. Asimismo, será relevante toda la información relativa a la identidad del empresario (dirección completa del establecimiento hotelero, número de teléfono, número de fax, correo electrónico...)⁹⁴ y la información que tenga que ver con las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el cliente tenga que pagar o aportar a solicitud del hotel. Todo ello de forma gratuita y correspondiendo al establecimiento probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos⁹⁵.

- b) Información relativa al derecho de desistimiento legal: tanto el art. 60.2 h) como el art. 97.1 i) TR hacen referencia al deber de informar sobre la existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo, las condiciones y la forma de ejercitarlo. Sin embargo, las particularidades que dicha figura presenta en el contrato de hospedaje, exigen que todo lo referente a dicha facultad sea tratado en un apartado posterior, dedicado en exclusiva a esta forma de extinción contemplada con carácter general en los arts. 68 y ss. TR, y que posee un tratamiento singular en nuestro contrato, como se verá más adelante.
- c) Ahora bien, mientras puede resultar obvio incluir dentro del deber precontractual de información lo que se ha venido analizado en los apartados anteriores, mayores dudas suscita si dicho deber comprende también la obligación de poner en conocimiento del cliente otras cuestiones que poco tienen que ver con el estricto cumplimiento de los servicios que oferta el establecimiento hotelero. Hablamos de circunstancias que escapan a la esfera de control del hotel y que, además, en nada afectan a la validez del contrato; sin embargo, de ser conocidas

⁹³ De la información sobre el precio se encarga asimismo el art. II.-3:107 DCFR. Para considerar cumplido este deber de información, el profesional ha de informar sobre los siguientes aspectos: a) todos aquellos datos relativos a cualquier consignación, gastos de porte, y cualquier impuesto o tasa que pueda no estar incluida en el precio general; b) cuando no se pueda indicar un precio exacto, la información mostrará la base de cálculo de forma que permita al consumidor comprobar el total; c) si el precio se abona en varios plazos, se incluirá la información relativa al calendario de pagos.

⁹⁴ Con objeto de que el huésped pueda ponerse en contacto y comunicarse con el hotel de forma rápida y eficaz.

⁹⁵ Así se dispone en el art. 97.5 TR y a idéntica conclusión se llegaría en caso de aplicar el principio de la buena fe contractual.

dichas circunstancias por el cliente le llevarían probablemente a no celebrarlo, porque suponen la imposibilidad de lograr el fin que perseguía con la contratación. Por ejemplo, ¿debe el hotel informar al huésped de una prohibición temporal que atañe a la actividad que el cliente quiere desarrollar durante su estancia en el hotel? ¿Puede el establecimiento aprovecharse de lo que sabe pero la otra parte contractual desconoce? La doctrina discrepa a la hora de dar una respuesta a esta cuestión; sin embargo, los textos internacionales, así como un exacto cumplimiento del principio de buena fe⁹⁶ parecen inclinar la balanza a favor de una respuesta afirmativa⁹⁷. La honradez en los tratos preliminares está presente en el derecho europeo y muestra de ello es el art. IV.C 2:102 DCFR que establece que el prestador de servicios tiene el deber precontractual de advertir al cliente si llega a su conocimiento el riesgo de que el servicio solicitado no logre el resultado indicado o previsto por el cliente. Por tanto, «antes de la formalización del contrato, el prestador del servicio está vinculado por la obligación jurídica de advertir al cliente cuando percibe que está o pudiera estar desorientado en sus pretensiones, o que su desconocimiento de la materia le hace perseguir un objetivo inalcanzable»⁹⁸. Por esta razón, la legítima confianza que el cliente deposita en el hotel conlleva que éste ponga a su disposición toda aquella información que pueda influir en su voluntad negocial, y ello aunque dicha información nada tenga que ver con las características de los servicios ofertados. Ahora bien, esta obligación de informar no puede exigirse espontáneamente al establecimiento hotelero, lo cual incluso podría llegar a desvirtuar el principio de buena fe al que antes hacíamos referencia, sino que dicho deber se limitará a aquellos casos en los que el hotel sea expresamente preguntado por el cliente. En el mismo sentido GÓMEZ CALLE, aunque refiriéndose a los viajes combinados, pone de manifiesto que el organizador deberá informar sobre «*sucesos que, aun no impidiendo el cumplimiento por parte del organizador en los términos anunciados o pactados, hagan fracasar la finalidad pretendida con el contrato de viaje*»⁹⁹. En definitiva, el

⁹⁶ El principio de buena fe también queda reflejado en los textos internacionales. Así, el art. 1:201 PECL establece que cada parte contractual tiene el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, no pudiendo excluir este deber, ni limitarlo.

⁹⁷ Sobre tal cuestión, JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: «Los deberes de información...», pág. 2265.

⁹⁸ BARRÓN ARNICHES, P. DE: *El contrato de servicios...*, pág. 85.

⁹⁹ No obstante, la misma autora pone ejemplos de casos que, aunque pueden llegar a frustrar la finalidad perseguida por el cliente, no hace falta que éste sea informado de ellos por ser sobradamente conocidos.

comportamiento del huésped en los tratos preliminares puede hacer que otras circunstancias adquieran relevancia; en estos casos, conforme al principio de la buena fe contractual, el deber informativo quedará ampliado a poner en conocimiento del cliente también tales particularidades¹⁰⁰. Así, aunque el hotel no está obligado a dar esa información al cliente, si la oculta cuando es expresamente preguntado, infringe la buena fe contractual -o precontractual-, a la que viene obligado.

V. Consecuencias del incumplimiento del deber precontractual de información.

Como se ha establecido anteriormente, la publicidad con valor informativo pasa, al igual que la información precontractual, a integrar el contenido del contrato, por lo que resulta conveniente tratar los incumplimientos de manera conjunta, aunque con algunos matices.

Ante todo, nos preguntamos qué se entiende por incumplimiento, ¿qué comportamientos debe realizar el empresario para considerar incumplido su deber de información precontractual? Pues bien, dicha infracción puede tener lugar tanto mediante un comportamiento activo (comunicar una información falsa o engañosa), como mediante un comportamiento omisivo (no dar una información que se está obligado a dar). Por tanto, «el deber de informar implica, de un lado, que ha de transmitirse la información exigible y, de otro, que ha de omitirse cualquier información errónea»¹⁰¹.

Ocurrirá lo mismo en el ámbito de la publicidad, pero con un pequeño matiz a tener en cuenta: al haber mantenido que se trata éste de un comportamiento voluntario, los incumplimientos en fase de publicidad solamente podrán tener lugar en aquellos

Así, el principio de buena fe no puede albergar que se le informe al consumidor de la contaminación de las aguas de buena parte del Mediterráneo, ni de la saturación de sus playas, ni del ruido en las calles... *El contrato de viaje...*, págs. 170 y ss. Al margen de dichos ejemplos, añadimos que la buena fe del empresario no alcanza a tener que informar al cliente de aquellos datos que puede conocer fácilmente, como pueden ser las condiciones meteorológicas.

¹⁰⁰En este sentido, establece DE BARRÓN ARNICHES que en un «legítimo y razonable afán de desarrollar su propio negocio, el prestador del servicio siempre tiende a incidir más en los aspectos positivos (...) No obstante, el deber de advertir sobre los riesgos y dificultades que se pueden prever antes del inicio de la tarea es una de las concreciones, para el prestador del servicio, del principio general del derecho contractual europeo que obliga a actuar con buena fe en las relaciones contractuales, también durante el periodo de formación del contrato». “Normas aplicables...”, pág. 1158.

¹⁰¹ GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales...*, pág. 81.

casos en los que el hotel decida voluntariamente publicitar sus servicios. En estos casos, el incumplimiento puede volver a deberse tanto a haber llevado a cabo una publicidad falsa o engañosa (comportamiento activo), como a haber omitido alguno de los aspectos establecidos en el art. 20 RD 1/2007 (comportamiento omisivo).

Dicho esto, ¿qué consecuencias jurídicas tiene que una vez celebrado el contrato el huésped compruebe que la publicidad o información precontractual no se corresponden con la realidad?

- Consecuencias específicas para los contratos a distancia celebrados con un consumidor en el sentido del art. 3 TR: dado que ni el art. 60 ni el art. 97 TR señalan cuáles son las consecuencias de una información precontractual errónea, y dado asimismo que no creemos directamente aplicables las consecuencias del incumplimiento del deber de información previstas para otros contratos con consumidores -por entender que la aplicación analógica no procede en tales casos-, el único artículo aplicable y que hace referencia a esta cuestión es el art. 65 TR, según el cual «Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor¹⁰², conforme al principio de buena fe objetiva¹⁰³, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante»¹⁰⁴. En parecidos términos se pronuncia el art. II.-3:109 DCRF, que también establece el remedio de la integración, pasando a formar parte del contrato toda aquella información no suministrada al cliente o suministrada de forma incorrecta¹⁰⁵. Por tanto, si se omite información respecto de derechos que

¹⁰² La integración debe favorecer en todo caso la posición del consumidor, nunca empeorarla. Así, «la tarea de concretar las reglas en que se traduce la cláusula general no pueden conducir a un resultado que empeore la posición del consumidor o que coloque al empresario o profesional en una posición mejor a la que ocuparía en ausencia de regla». GARCÍA VICENTE, J.R.: “Comentario al artículo 65”, pág. 821.

¹⁰³ Sobre este tema, BASOZÁBAL ARRUE, X.: «En torno a las obligaciones...», pág. 710. El significado general de la buena fe objetiva es una «valoración equilibrada de los intereses de las partes» que puede encontrarse en el Derecho dispositivo. En defecto de éste, el juez establecerá como regulación supletoria la que «resultaría de la naturaleza y tipo de contrato celebrado de acuerdo con una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes». ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales...*, págs. 442 y ss.

¹⁰⁴ En este sentido hay que hacer notar el carácter restrictivo de nuestro art. 65, en cuanto que se refiere únicamente a la omisión de información precontractual relevante. No obstante, la doctrina tiende a admitir una interpretación flexible, de modo que la omisión de información no se refiera únicamente a hipótesis de ausencia total de información, «sino también a los casos de información incompleta o inexacta». PICATOSTE BOBILLO, J.: «El derecho de información...», pág. 414. En contra, GARCÍA VICENTE, para quien el precepto introduce una regla general de «integración» de los contratos de consumo, solamente en los casos en los que exista una laguna contractual. “Comentario al artículo 65”, págs. 820 y ss.

¹⁰⁵ Para un sector doctrinal, se trata «de una “pena legal”, en el sentido de que del contrato se predicen nuevas obligaciones para una de las partes (...) como consecuencia de su obligación de adecuada y

corresponden al consumidor, tales derechos pasarán a integrar el contenido del contrato, es decir, pasan a ser contenido contractual. De este modo, «la operación de integración tiene, de por sí, un cierto componente de ajuste temporal: se integra en la ejecución lo anunciado previamente; si se promociona de forma ventajosa, el contrato definitivo obliga también a las consecuencias que de ello se deriven»¹⁰⁶. No obstante, al margen de lo establecido por el 65 TR para los contratos celebrados con consumidores, no cabe duda de que el consumidor puede asimismo acogerse a los remedios que se expondrán a continuación, y cuyo ejercicio es posible como consecuencia del incumplimiento del deber de información del empresario cuando el contrato no se ha celebrado con consumidores.

- Consecuencias del incumplimiento del deber de información cuando el contrato de hospedaje no se ha celebrado con un consumidor en el sentido del art. 3 TR: en tales casos, la resolución contractual y la anulación del contrato por error - siempre que el huésped no quiera seguir vinculado al contrato y su decisión se encuentre amparada en la ley-, así como la integración del contrato -si el deseo del huésped es mantener la relación contractual-, se presentan como los mecanismos puestos a disposición del cliente. A continuación, pasamos a analizarlos por separado.

Entre aquellos remedios con los que puede contar el huésped cuando quiere o *tiene* que mantener el contrato, podemos destacar el siguiente:

- La integración del contrato: esta vez no por la vía del art. 65 TR, sino por la aplicación del art. 1258 C.c. Entre ambos preceptos hay un paralelismo evidente; así, pese a no ser de aplicación el art. 65 TR a tales casos, su contenido es perfectamente aplicable a través del art. 1258 C.c., según el cual «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». Es decir, el huésped va a disfrutar de los derechos legales aunque no haya sido informado de ellos.

completa información. (...) En el caso de que el empresario se negase a cumplir estas “nuevas obligaciones” se tratarán como un mero incumplimiento contractual». NASARRE AZNAR, S.: *Derecho Europeo de Contratos...*, pág. 237.

¹⁰⁶ MARTÍN OVIEDO, J.M.: *Memento Práctico...*, pág. 111.

Por su parte, entre los segundos, es decir, entre aquellos remedios con los que puede contar el cliente cuando no quiere mantener el contrato, y su decisión se encuentra amparada por la ley, podemos destacar los que siguen:

- La resolución contractual: no debe suscitar duda que si el cliente, una vez celebrado el contrato, comprueba que se incumplió de forma grave y sustancial el deber precontractual de información, o lo publicitado no se corresponde en absoluto con la realidad, podrá resolver el contrato. Ahora bien, la resolución no es un efecto, al menos directo, del incumplimiento del deber precontractual de información, sino más bien del incumplimiento de las obligaciones contractuales. El incumplimiento, pese a ser la información un deber precontractual, tiende a materializarse en un momento posterior a la celebración del contrato; por tanto, lo que se incumple ya no es un deber precontractual, sino auténticas obligaciones contractuales. A esto se añade que dicha resolución podrá ir acompañada de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, siempre que se den los presupuestos para ello.
- La anulación del contrato por error: por último, aunque sea una opción pocas veces escogida, siempre que el incumplimiento del deber precontractual de información, o la publicidad por falsa o engañosa, hayan causado un error sustancial y excusable en el huésped, podrá éste proceder a anular el contrato, alegando un consentimiento viciado por error, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1266 y concordantes del Código Civil.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, los remedios analizados son prácticamente idénticos a los que tendrán lugar cuando el incumplimiento se refiere a un deber contractual. Esto se debe, como acabamos de sostener para el supuesto en el que el huésped opte por la resolución, a que el incumplimiento tiende a materializarse en un momento posterior a la perfección del contrato, pese a ser la información un deber precontractual. En este sentido, lo que realmente incumple el establecimiento hotelero ya no es el deber precontractual de información, sino auténticas obligaciones contractuales.

VI. El huésped y su obligación precontractual de informar.

Aunque tradicionalmente la obligación precontractual de informar corresponde al profesional, en cuanto que es quien ofrece los servicios, también el cliente viene obligado a informar al hostelero de los hechos o circunstancias extraordinarias que en alguna medida pueden alterar el servicio contratado. Se trata de una concreción del deber general de cooperar y de un supuesto en realidad limitado, puesto que el cliente solamente ha de advertir de hechos inusuales que puedan producir cierto perjuicio para el profesional o empresario¹⁰⁷.

Aunque algunos textos comunitarios, como por ejemplo el art IV. C 2:102 (4) DCRF¹⁰⁸, recojan dicha obligación precontractual del cliente, lo cierto es que dicho deber únicamente «puede entenderse vigente en nuestro país sobre la base de la interpretación del art. 7 C.c.»¹⁰⁹.

¹⁰⁷ BARRÓN ARNICHES, P. DE: *El contrato de servicios...*, pág. 92. Un supuesto típico que nos sirve de ejemplo es aquel en el que el cliente va a alojar en el establecimiento hotelero también a sus animales de compañía. De igual modo ocurre si el huésped sufre una minusvalía considerable. En estos casos, qué duda cabe de que el cliente debe informar al hotel de tales circunstancias.

¹⁰⁸ Dispone este artículo que el cliente tiene el deber precontractual de advertir al prestador de servicio si tiene conocimiento de hechos inusuales que puedan encarecer el servicio o causar que éste requiera más tiempo respecto de lo previsto por el agente, o que ocasionen daños a éste o a terceros cuando se preste.

¹⁰⁹ BARRÓN ARNICHES, P. DE: *El contrato de servicios...*, pág. 93.

CAPÍTULO III. LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.

I. La forma en el contrato de hospedaje.

a) Planteamiento de la cuestión.

Como es sabido, la libertad de forma es la regla general que impera en nuestro Derecho contractual. Nuestro Código Civil así lo confirma. De este modo, el art. 1278 C.c., que constituye, junto a los arts. 1279 y 1280 C.c., el núcleo legislativo básico que disciplina la forma de los contratos en nuestro Código Civil¹¹⁰, dispone que «los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez».

Sin embargo, en el ámbito del Derecho del consumo, cada vez con mayor frecuencia, las leyes imponen a las partes el deber de documentar el contrato, de dotarlo de un determinado contenido, pese a no significar esto que estemos en presencia de contratos formales¹¹¹. A esta exigencia de documentar el contrato y a su tratamiento en el contrato de hospedaje dedicaremos los epígrafes siguientes.

b) Fundamento del deber de documentar el contrato.

Antes de profundizar en otras cuestiones, creemos conveniente analizar el fundamento del deber de documentar el contrato. A tal fin, nos hacemos la siguiente

¹¹⁰ HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: “La forma de los contratos...”, pág. 27.

¹¹¹ Según nuestro criterio, no existe contrato formal sino cuando se sanciona con la nulidad la no observancia de una determinada forma impuesta por la ley. Así, mientras la donación puede ser considerado un contrato formal -art. 633 C.c.-, no creemos estar asistiendo a un «renacimiento del formalismo» por el hecho de que las leyes de consumo impongan al empresario un deber de documentar el contrato. De este modo, pese a que en la SAP de Asturias de 12 de junio de 2006 se establece que «en el ámbito del derecho de consumo se ha elevado la forma escrita a requisito esencial de la contratación y ello con el fin de proteger al consumidor, al venir anudada dicha exigencia a la descripción de un contenido negocial mínimo, normado como obligatorio, asegurando así el debido conocimiento del negocio por el consumidor», lo cierto es que esto no debe llevarnos a equívocos: la forma escrita no constituye en el ámbito del consumo requisito de validez del contrato, como sí ocurre, por ejemplo, en la donación o en otros contratos puramente formales. En este sentido, matiza la citada sentencia que «la exigencia de forma escrita (...) no se entiende por la generalidad de la doctrina como constitutiva y, por tanto, determinante de la existencia del negocio». Por tanto, el «renacimiento del formalismo» al que alude parte de nuestra doctrina (SANTOS MORÓN, M.J.: “La exigencia de forma...”, pág. 223 y ARROYO AMAYUELAS, E.: “¿Qué es *forma*...”, pág. 519, entre otros), deberá entenderse, más bien, como la aparición de normas que exigen una forma determinada para ciertos contratos, aun cuando no sea ésta requisito de validez.

pregunta: ¿cuál es la razón que lleva al legislador a implantar esta exigencia en contratos celebrados con consumidores?¹¹² Según la doctrina mayoritaria, la finalidad responde a un único propósito: tutelar al consumidor¹¹³, protegerlo de los posibles abusos que el empresario pueda cometer¹¹⁴. El principal fundamento de tal exigencia se encuentra en la necesidad de proporcionar al consumidor una información adecuada¹¹⁵. De este modo, el deber de documentar el contrato se convierte en el mecanismo idóneo que le permite al consumidor estar convenientemente informado durante toda la ejecución del contrato¹¹⁶. La forma se concibe como el instrumento que garantiza la efectividad del derecho subjetivo del consumidor a ser informado de las condiciones contractuales, así como de los derechos que le asisten¹¹⁷.

¹¹² En sede de contratación a distancia, como comprobaremos más adelante, el deber de documentar el contrato aparece reflejado en el art. 98 RD 1/2007; sin embargo, existen otros preceptos que, haciendo referencia a contratos específicos celebrados con consumidores, también imponen esta exigencia. De este modo, el art. 154.1 TRLGDCU establece, al igual que lo hacía el ya derogado art. 4 LVC, que «el contrato de viaje combinado deberá formularse por escrito», haciéndose constar en el contrato una serie de menciones informativas que el propio precepto describe. A ello se añade, por imperativo del art. 154.2, que una vez formalizado el contrato, deberá entregársele al consumidor una copia del mismo. La exigencia de imponer forma escrita en el contrato de viaje combinado no es una particularidad del Derecho español, presentando el resto de países comunitarios un panorama casi idéntico. Así, en Francia, el contrato de viaje también debe ser realizado por escrito, en doble ejemplar firmado por las dos partes, debiendo entregarse uno de estos ejemplares al consumidor. Así lo dispone el art. 17 de la Ley de 13 de julio de 1992 y el art. 98 del Decreto que la desarrolla (D. núm. 94/490 de 15 de junio de 1994). Por su parte, en Italia, el actual art. 35 *Codice del Turismo* -antiguo art. 85 *Codice del Consumo*-, dispone que el contrato de viaje combinado deberá ser redactado por escrito en términos claros y precisos. A ello se añade que al consumidor debe entregársele una copia del contrato estipulado. Por último, en el Derecho alemán, lo único que exige el parágrafo 651a BGB es que el organizador del viaje ponga a disposición del consumidor un documento sobre el contrato en el momento de conclusión del mismo o inmediatamente tras su conclusión. Dicho documento es la denominada *Reisebestätigung* o confirmación del viaje. El contrato en sí mismo es de forma libre. SANTOS MORÓN, M.J.: “La exigencia de forma...”, pág. 237. Por su parte, el art. 11 de la Ley 4/2012 de 6 de julio, igualmente dispone que «los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de producto vacacional de larga duración, de reventa o de intercambio, se formalizarán por escrito, en papel o en otro soporte duradero».

¹¹³ «La obligación legal de documentar el contrato por escrito y de entregar un ejemplar al viajero constituye, como no podía ser de otra manera, un medio más de protección del usuario turístico». SOLER VALDÉS-BANGO, A.: *El contrato de viaje...*, pág. 233. Por su parte, LÓPEZ DE LA CRUZ establece que con las exigencias formales se pretende proteger a la parte del contrato considerada más débil frente a determinadas actuaciones de la otra parte. “Del consensualismo...”, pág. 289.

¹¹⁴ No obstante, creemos que no solamente es la tutela al consumidor lo que lleva al legislador a potenciar el deber de documentar el contrato en el ámbito del consumo. Así, la forma escrita se coordina también con el principio de transparencia en las operaciones. En idéntico sentido COLACINO, G.: “Le forme negoziali...”, pág. 255 y SANTOS MORÓN, M.J.: “La exigencia de forma...”, pág. 248.

¹¹⁵ En este sentido, ARROYO AMAYUELAS hace referencia a la «función informativa de la forma». “¿Qué es forma...”, pág. 525.

¹¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas a plazos...*, pág. 68. Con el mismo criterio PANIZA FULLANA, para quien la finalidad de las exigencias formales no es otra que conseguir que el consumidor tenga información detallada del contrato que realiza y de aquello que contrata. *Contratación a distancia y defensa...*, pág. 75. De forma similar GARCÍA RUBIO, M.P.: “La forma en los contratos...”, pág. 279.

¹¹⁷ HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: “La forma de los contratos...”, pág. 43.

No obstante, es preciso no confundir la función informativa de la forma contractual con la labor informativa que cumplen las obligaciones precontractuales de información. Se trata de cosas distintas: la finalidad perseguida por la información previa a la celebración del contrato radica principalmente en formar la voluntad contractual del consumidor, permitiéndole hacerse una idea exacta de aquello sobre lo que va a contratar, de modo que pueda comparar y valorar correctamente las distintas ofertas. Por su parte, «la obligación de documentar el contrato y dotarle de un cierto contenido informativo está dirigida a permitirle un exacto conocimiento de sus derechos y obligaciones, lo que a su vez le permitirá impedir que el profesional pueda modificar arbitrariamente los términos del contenido contractual, previniendo, en definitiva, el posible abuso de la posición contractual de los operadores profesionales. Además, en aquellos supuestos en los que se otorga al consumidor un derecho de desistimiento (...), la documentación del contrato facilita el ejercicio de este derecho»¹¹⁸.

Es decir, pese a que la finalidad de la forma escrita es para la doctrina mayoritaria fundamentalmente informativa, dicha información no va dirigida, como sí ocurre en el caso de las obligaciones precontractuales de información, a garantizar que no existan vicios del consentimiento, o lo que es lo mismo, a proteger su integridad. Por el contrario, la exigencia de forma escrita constituye el mecanismo técnico que se utiliza para informar al consumidor del conjunto de derechos y obligaciones que dimanen del contrato suscrito¹¹⁹.

En segundo lugar, señala la doctrina la función probatoria de la forma escrita. De este modo, el siguiente fundamento se halla en la necesidad de certificar la existencia del contrato y su contenido. Se impone el deber de documentar el contrato para facilitar la prueba de la existencia del mismo¹²⁰. En este sentido, se ha afirmado por parte de la

¹¹⁸ SANTOS MORÓN, M.J.: “La exigencia de forma...”, pág. 227. No obstante, la idea de que la finalidad de las exigencias formales establecidas en los contratos celebrados con consumidores no es garantizar la libertad y madurez de su consentimiento, no es compartida de forma unánime por toda la doctrina. Así, HERAS HERNÁNDEZ establece que la forma del contrato adquiere, entre otras, una función preventiva que evita prestaciones de consentimiento impulsivas y precipitadas. “La forma de los contratos...”, pág. 43. Del mismo modo se pronuncia LÓPEZ DE LA CRUZ, para quien una de las finalidades perseguidas con la exigencia de forma escrita es reforzar el consentimiento del consumidor, invitar a su reflexión. “Del consensualismo...”, pág. 283.

¹¹⁹ SANTOS MORÓN, M.J.: “La exigencia de forma...”, pág. 227.

¹²⁰ LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Del consensualismo...”, pág. 285. Según esta autora, las reglas de prueba afectan a intereses que son fundamentalmente privados y que no tienen carácter de orden público. Se trata de exigencias formales que en ningún caso condicionan la validez del acto y que proporcionan una mayor protección. De este modo, «las reglas de prueba pretenden proteger al contratante limitando su vinculación a lo efectivamente acordado, se trata no sólo de demostrar la vinculación contractual, sino su

doctrina que la forma escrita servirá sobre todo a efectos de prueba, «para acreditar la conclusión del contrato y su contenido (...); el contrato escrito también puede ser determinante a la hora de probar los acuerdos especiales a que ambas partes hayan podido llegar, separándose del contenido del folleto que sirvió de base para contratar»¹²¹.

Por último, aunque hayamos comenzado diciendo que la finalidad del deber de documentar el contrato tiene como principal objetivo tutelar al consumidor de los posibles abusos del empresario, no hay duda de que también este último se beneficia de las exigencias formales impuestas por la ley. En este sentido, un ejemplo con respecto al derecho de desistimiento puede resultar clarificador. Imaginemos un consumidor que celebra un contrato de hospedaje y pretende desistir del contrato horas antes de que éste comience efectivamente a ejecutarse. Si el contrato consta de forma escrita, el empresario tendrá la prueba irrefutable para demostrar que aquel consumidor debe abonar en este caso el precio íntegro del hospedaje, o al menos la primera noche de su estancia, según los casos. Por el contrario, si el contrato no consta por escrito, resultará más complicado para el empresario probar que el momento en el que dicho consumidor desea ejercitar su derecho de desistimiento implica el pago del precio. Con ello, lo que se pretende transmitir es que la forma escrita exigida por la ley sirve para proteger no solamente al consumidor, sino también al empresario.

alcance y condiciones, lo que supone una garantía de la voluntad negocial». LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Del consensualismo...”, pág. 286.

¹²¹ GÓMEZ CALLE, E.: *El contrato de viaje...*, pág. 111. Similar criterio es el adoptado por SOLER VALDÉS-BANGO para quien la forma escrita del contrato de viaje tiene relevancia a efectos meramente probatorios. No obstante, sostiene este autor, que no nos encontramos ante una forma documental *ad probationem*, en el sentido de que sea éste el único medio de prueba, puesto que el contrato de viaje y su contenido puede probarse por todos los medios de prueba admitidos en derecho, entre ellos la publicidad, que normalmente adopta la forma de folleto publicitario. De este modo, la forma escrita del contrato es, consecuentemente, un medio de prueba del contrato de viaje, pero no el único. *El contrato de viaje...*, pág. 235. Muestra de ello es la SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2001 en la que se establece que «este requisito legal no puede interpretarse de modo absoluto de manera que en aquellos casos en que no conste celebrado el contrato en la forma escrita, el mismo resulte automáticamente ineficaz sino que, por el contrario, hay que entender que el contrato se ha concertado (con independencia de la forma adoptada), cuando por la agencia de viajes se hayan llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para su efectividad y cuando el consumidor haya demostrado, con actos concluyentes, que conocía y aceptaba la realidad del contrato». Por tanto, en el supuesto en cuestión, «es forzoso concluir que la actora y los demandados concertaron el contrato de viaje combinado cuyo pago se les reclama en el presente litigio y que si bien es cierto que el mismo no se documentó formalmente por escrito, contraviniendo lo dispuesto en la norma antes indicada, ello no significa que el contrato no naciera a la vida jurídica, perfeccionándose al aceptar los demandados las condiciones del mismo, como lo prueba el hecho de que estaban en el aeropuerto el día cinco con la intención de tomar el avión en el que tenían plaza reservada».

Una vez desarrollado el fundamento de las exigencias formales en los contratos celebrados con consumidores, nos asalta la siguiente cuestión: ¿qué ocurre en aquellos casos en los que se cumple con el deber de documentar el contrato, pero no se entrega al consumidor copia del documento, o no se incluye en él toda la información obligatoria en el contrato? Es decir, la finalidad esencial de la exigencia formal, que consiste básicamente en tutelar al consumidor, ¿se cumple únicamente con la redacción del contrato por escrito? Evidentemente, no. De este modo, para que sea posible proporcionarle una información adecuada acerca de sus derechos y obligaciones, así como facilitarle la prueba de la existencia del contrato, es necesario asimismo que se entregue al consumidor un ejemplar del documento contractual, y que en éste conste toda la información necesaria de forma clara, suficiente y veraz.

Por tanto, la tutela se alcanza con el cumplimiento simultáneo de tres requisitos: forma escrita bien en papel bien en otro soporte duradero¹²², entrega de copia del contrato al consumidor e inclusión de toda la información preceptiva en el documento contractual.

En la práctica, esto nos lleva a un resultado jurídico lógico: las consecuencias que se aplicarán en caso de incumplimiento de la forma escrita, deberán ser idénticas a las que se apliquen en caso de no entregar copia del contrato al consumidor, o en el supuesto de que en dicha copia no conste toda la información obligatoria que la ley exige¹²³.

- c) Normas que resultan de aplicación al contrato de hospedaje y que establecen el deber de documentar el contrato.

¹²² Como acertadamente señala PANIZA FULLANA, aunque se equiparen los requisitos formales a la forma escrita, la escritura puede plasmarse bien en papel, bien en otro soporte apto para contener esta escritura. *Contratación a distancia y defensa...*, pág. 67. Así, por ejemplo, el art. 11 de la ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico establece que «los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de producto vacacional de larga duración, de reventa o de intercambio, se formalizarán por escrito, en papel o en otro *soporte duradero*». «Ello se explica porque, si lo que se pretende con la exigencia de forma escrita es informar al consumidor, no es indispensable que esa información se encuentre plasmada en papel, siendo suficiente que esté almacenada en un instrumento que permita a aquél consultarla y reproducirla sin cambios en cualquier momento». SANTOS MORÓN, M.J.: “La exigencia de forma...”, pág. 246.

¹²³ Con idéntico razonamiento SANTOS MORÓN, para quien «no hay razón para sancionar de distinta forma la no redacción del contrato por escrito y la no entrega al consumidor del documento (...) contractual. El incumplimiento de cualquiera de estas dos obligaciones trae consigo la misma consecuencia, esto es, la falta de información del consumidor acerca del contenido exacto de la relación contractual. Lo mismo sucede si se redacta el contrato por escrito y se entrega al consumidor el correspondiente documento contractual, pero éste no contiene la información preceptiva. El resultado es que el consumidor no estará adecuadamente informado». “La exigencia de forma...”, pág. 246.

- Cuando el hospedaje se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia, resulta de aplicación el artículo 98 RD 1/2007, solamente aplicable a los huéspedes que sean consumidores conforme al artículo 3 TR, pero cuyo contenido puede ser extrapolado, por aplicación del art. 1258 C.c., a aquellos otros huéspedes que no pueden ser calificados como consumidores en el sentido del mencionado precepto, por actuar en su ámbito profesional o empresarial. Según el apartado séptimo del art. 98 «el empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación incluirá: a) toda la información que figura en el artículo 97.1, salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia; b) cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 103.m)».
- Cuando el hospedaje se celebra a través de un medio de contratación electrónico, resulta de aplicación el art. 28.1 de la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, el cual, sin ser incompatible con el precepto señalado con anterioridad, establece lo siguiente: «el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios: a) el envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación; b) la confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario»¹²⁴.

¹²⁴ No sería posible, sin embargo, aplicar por analogía al contrato de hospedaje el art. 154 TR, en sede de viajes combinados, ya que, como hemos tenido oportunidad de señalar en capítulos precedentes, la analogía no se concibe para imponer deberes, sino para solucionar conflictos que no están previstos por el legislador en la ley de forma expresa. A esto se añade que el art. 154 TR no sólo impone el deber de celebrar por escrito el contrato de viaje combinado sino que, además, regula el contenido del contrato. Y este contenido no sería en su mayor parte trasladable al contrato de hospedaje.

Con todo, y por aplicación de los mencionados preceptos, podemos concluir afirmando que el hostelero tiene la obligación legal de documentar el contrato, sin ser por ello el hospedaje un contrato formal, debido principalmente a que el incumplimiento de este deber no determinará, como comprobaremos en el epígrafe siguiente, la nulidad del contrato. No obstante, se debe procurar al huésped -tanto si es consumidor en el sentido del art. 3 RD 1/2007 como si no lo es- un documento en el que consten los datos esenciales que le permiten exigir la prestación contratada.

d) Las consecuencias del incumplimiento del deber de documentar el contrato.

Para analizar cuáles son las consecuencias del incumplimiento del deber de documentar el contrato, es preciso distinguir dos supuestos:

- Contrato de hospedaje celebrado con consumidores -en el sentido del art. 3 TR-: en estos casos, cuando el contrato se celebra a través de un medio de comunicación a distancia, resulta de aplicación el art. 100 RD 1/2007, según el cual «el contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción». Pese a la terminología empleada por el precepto, creemos que el legislador hace referencia, más que a la acción de anulabilidad propiamente dicha -cuyo ejercicio, debido a que es preciso ejercitarla judicialmente, tiene poco sentido en el contrato de hospedaje-, a la acción resolutoria, la cual sin duda se presenta como la opción que mejor satisface el interés del huésped.
- Contrato de hospedaje no celebrado con consumidores -en el sentido del art. 3 TR-: con fundamento en el art. 1124 C.c., la resolución contractual se presenta también en tales supuestos como el mecanismo más apropiado para el huésped. Pese a que el incumplimiento del deber de documentar el contrato puede no ser calificado como grave por los tribunales, lo cierto es que cada vez con mayor frecuencia la jurisprudencia es flexible en la apreciación de este requisito¹²⁵.

¹²⁵ Un sector doctrinal señala la nulidad como el remedio más acertado en caso de incumplir el deber de documentar el contrato. Se considera que aplicando dicha sanción la forma opera como mecanismo de tutela de un interés de grupo, esto es, los consumidores. Se trata, por tanto, de un interés de orden público. Sin embargo, a nuestro entender, la nulidad no es un remedio viable. Veamos por qué: en primer lugar, la

II. La perfección del contrato.

a) Cuestiones previas.

Como hemos señalado en páginas anteriores, el contrato tiene dos etapas claramente diferenciadas: la fase de formación y la fase de ejecución. Ambas etapas están divididas por un momento clave en la vida del contrato: el momento de su perfección¹²⁶.

Como regla general, la perfección del contrato se produce, tal y como dispone el art. 1262.2 C.c., cuando el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación. Con la perfección, el contrato nace a la vida jurídica. Así lo dispone el art. 1254 C.c. al establecer que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

A esto se añade que delimitar el momento exacto de la perfección del contrato es determinante para solucionar problemas tales como: la delimitación del límite temporal del poder para revocar la oferta, la capacidad de los contratantes o el establecimiento de la norma aplicable en los supuestos de modificaciones legislativas¹²⁷.

nulidad en caso de incumplimiento de forma debe quedar exclusivamente reservada para aquellos casos en los que la forma reviste un carácter solemne, es decir, sólo en los supuestos en los que el contrato necesita una determinada forma para ser válido, debe ser consecuencia de la ausencia de la misma la nulidad del negocio. En todos los demás casos, en los que la forma no se configura como requisito de validez del contrato, simplemente estamos ante el incumplimiento de una obligación contractual cuyo origen se encuentra en la ley. En segundo lugar, si la forma escrita tiene como finalidad, a grandes rasgos, proteger al consumidor, la nulidad absoluta no parece una fórmula que lo beneficie. Es más, imponer la nulidad como consecuencia del incumplimiento podría provocar el resultado contrario, «en la medida que la otra parte contratante podría impugnar el contrato basándose en el defecto de forma». SANTOS MORÓN, M.J.: “El folleto o programa informativo...”, pág. 36. Por otra parte, para ARROYO AMAYUELAS lo aconsejable sería una gradación de sanciones en función del tipo de infracción formal. Para ello, distingue esta autora según exista falta de información escrita, o ésta se proporcione en forma distinta a la requerida y, dentro de cada supuesto, se atiende asimismo a la gravedad de la infracción. Por tanto, dependiendo de la infracción, las consecuencias civiles pueden ser diversas: nulidad, resolución, suspensión del pago del precio o prórroga del *dies a quo* para ejercer el derecho a desistir. “¿Qué es forma...”, pág. 538.

¹²⁶ Gran parte de la doctrina defiende la división del *iter* contractual en dos etapas. LALAGUNA DOMÍNGUEZ se refiere a una fase de formación y una de ejecución, separadas ambas etapas en el tiempo por el instante en el que el contrato se perfecciona. “Sobre la perfección de los contratos...”, pág. 395. Sin embargo, otro sector doctrinal distingue tres momentos diferentes en el *iter* contractual. Así, entre otros CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, págs. 592 y ss.

¹²⁷ ROGEL VIDE, C.: “Momento y lugar de formación...”, pág. 1254. También en este sentido GUISTADO MORENO, A.: *Formación y perfección...*, pág. 197.

Dicho esto, la delimitación del momento exacto en el que se perfecciona el contrato de hospedaje no conlleva ningún tipo de problema añadido a los que ya vienen impregnando el panorama general, por lo que nos centraremos, sin más, en el desarrollo de un breve análisis de las reglas de perfección que acompañan a cualquier tipo de contrato con semejantes características. Para ello, tendremos presentes las cuatro teorías que la doctrina ha desarrollado sobre este tema. Éstas son: la teoría de la emisión, según la cual el contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación se manifiesta; la teoría del conocimiento, que sitúa el momento de perfección del contrato en el conocimiento de la aceptación por el oferente; la teoría de la expedición, según la cual el contrato se perfecciona cuando el aceptante se desprende de su declaración, y la teoría de la recepción, para la cual el momento de perfección del contrato coincide con la llegada de la aceptación al oferente siempre que, en condiciones normales, la pueda efectivamente conocer¹²⁸.

b) El momento de perfección en el contrato de hospedaje.

Como sucede en la mayor parte de los contratos, el momento exacto en el que se entiende perfeccionado el contrato de hospedaje, dependerá del medio de comunicación a través del cual el cliente haya decidido celebrar el contrato¹²⁹. En este sentido, existen distintas vías a las que el huésped puede acudir: desde celebrar el contrato físicamente en el establecimiento hotelero, lo cual resultará poco usual, hasta celebrarlo a través de cualquier medio de comunicación a distancia como puede ser el teléfono, el correo electrónico o el fax. En numerosas ocasiones también dispondrá de la opción de celebrarlo a través de la página web del propio establecimiento o de otra que lo publicite.

Así las cosas, las reglas de perfección del contrato variarán según éste se celebre de uno u otro modo:

- Reglas de perfección en caso de que el contrato se celebre entre presentes, es decir, aquellos infrecuentes casos en los que el huésped formaliza el contrato de

¹²⁸ PANIZA FULLANA, A.: *Contratación a distancia y defensa...*, pág. 235.

¹²⁹ Autores como GARRIGUES o RIVERO ALEMÁN entienden que la distinción entre contratos entre presentes y contratos a distancia debe basarse en el medio de comunicación utilizado por las partes. GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho...*, pág. 17 y RIVERO ALEMÁN, S.: *Disciplina del crédito...*, pág. 455. Del mismo modo GÓMEZ LAPLAZA, para quien no es tanto la distancia espacial sino el medio elegido por los contratantes para exteriorizar su voluntad lo que determina la calificación del contrato. En este sentido, el contrato se entenderá celebrado a distancia si el medio «supone una dilación temporal relevante entre la oferta y la aceptación». “Comentarios al artículo 1262...”, págs. 132 y 133.

hospedaje en el hotel: en tales supuestos es de aplicación el art. 1262.1 C.c. según el cual el consentimiento -que determina la perfección del contrato- se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Es de sobra conocido que la determinación del momento en que se produce el consentimiento de las partes y nace el contrato no plantea problemas en la contratación entre presentes por lo que no hay por qué incidir en una cuestión que carece de debate tanto doctrinal como jurisprudencial¹³⁰.

- Reglas de perfección en caso de que el contrato se celebre entre ausentes que utilizan una técnica de comunicación a distancia que permite la comunicación simultánea entre las partes: el ejemplo más claro de medio de comunicación que permite la comunicación entre personas físicamente alejadas de forma instantánea lo encontramos en el teléfono, que sigue siendo uno de los medios más utilizados para formalizar el contrato objeto de esta investigación. Es precisamente la ausencia de distancia temporal entre las partes lo que llevó a gran parte de la doctrina a considerar el contrato celebrado por teléfono como un contrato celebrado *entre presentes*. Actualmente, el RD 1/2007 no deja lugar a la especulación. Así, el art. 92 TR presenta el teléfono como una técnica de comunicación a distancia a través de la cual, pese a existir comunicación simultánea entre las partes del contrato, se origina un contrato celebrado entre ausentes¹³¹. La razón es clara: con dicha calificación no se pretende otra cosa que beneficiar a quien contrata a través de una técnica de comunicación a distancia que permite la comunicación simultánea (como por ejemplo el teléfono) del régimen jurídico especial diseñado para proteger al consumidor que contrata a distancia, puesto que también en estos casos, pese a existir comunicación simultánea, el huésped no ha tenido la oportunidad, debido a la distancia física, de comprobar las instalaciones o el espacio en el que se prestan los servicios. No obstante, aunque la contratación telefónica deba ser entendida

¹³⁰ GUIADO MORENO, A.: *Formación y perfección...*, pág. 95.

¹³¹ Como acertadamente señala PENDÓN MELÉNDEZ, en el ámbito del Texto Refundido resulta irrelevante que los sistemas de comunicación empleados por las partes supongan que, a efectos jurídicos, las partes actúen como si se encontraran *en presencia*: lo relevante es la mera distancia física entre las partes. No se plantean cuestiones en relación con la temporalidad de las declaraciones de las partes, en particular en relación con la aceptación. Por tanto, la contratación telefónica, «ejemplo *tradicional* de contratación entre presentes en las construcciones doctrinales más comunes (...), sería una *contratación a distancia* a efectos del régimen jurídico tuitivo contenido en la LOCM o en el Texto Refundido». *La perfección del contrato...*, pág. 194.

como contratación a distancia, esto no es óbice para aplicar también en estos casos el art. 1262.1 C.c., ya que la calificación de la contratación telefónica como contratación *entre ausentes* se otorga con unos fines que, como hemos tenido ocasión de comprobar, nada tienen que ver con la delimitación del momento exacto en el que se perfecciona el contrato¹³².

- Reglas de perfección en caso de que el contrato se celebre entre ausentes que utilizan una técnica de comunicación a distancia que no permite la comunicación simultánea entre las partes: en estos casos, el ejemplo más representativo es el correo electrónico. A través de este medio de comunicación, las partes perfeccionan el contrato a través de un medio de comunicación a distancia que no les permite salvar la distancia temporal que las separa. Como resulta obvio, puede ocurrir que el oferente conozca la aceptación remitida por correo electrónico de forma inmediata; sin embargo, las mismas probabilidades existen de que no sea así, mediando un lapso de tiempo entre la aceptación y el efectivo conocimiento. Para estos casos, resulta de aplicación el art. 1262. 2 C.c. que, a raíz de lo dispuesto en la Disposición Adicional 4ª de la ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, presenta la misma redacción que el artículo 54 del Código de Comercio. Dice este artículo lo siguiente: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta». Por tanto, las reglas de perfección parecen claras: la regla básica consistirá en que existe consentimiento -y por tanto perfección- cuando el oferente *conoce* la aceptación¹³³ que le remite el aceptante; mientras que la regla

¹³² Sin embargo, la aplicación del art. 1262. 2 C.c., que regula el momento de la perfección del contrato celebrado entre personas distantes, tendría idénticas repercusiones prácticas. Dice este artículo que «hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación...». En este sentido, en un contrato celebrado por teléfono, ¿cuándo conoce el oferente la aceptación? La respuesta no puede ser otra que inmediatamente, por lo que, como hemos venido argumentando, las consecuencias prácticas de aplicar el primer o el segundo párrafo del art. 1262 C.c. vienen a ser las mismas.

¹³³ La aceptación a la oferta contractual se manifiesta en el contrato de hospedaje en la reserva de la habitación. Así lo entiende SANTOS MORÓN para el contrato de viaje combinado. Según esta autora, «el contrato de viaje combinado se perfecciona en el momento en que el consumidor acepta la oferta contractual plasmada en el folleto informativo mediante la realización de la correspondiente reserva o solicitud de plaza, que suele ir acompañada del pago de un porcentaje del precio del viaje combinado». “La exigencia de forma...”, pág. 253. Del mismo modo, GÓMEZ CALLE, E.: *El contrato de viaje...*, pág. 108.

subsidiaria se basa en la teoría de la recepción, es decir, en todos aquellos casos en los que el aceptante ha remitido al oferente la aceptación y éste no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, también se entenderá perfeccionado el contrato¹³⁴. Concluyendo, nuestros códigos de Derecho privado establecen una regla *general* en orden al momento de la perfección del contrato en la contratación entre ausentes, consistente en el conocimiento de la aceptación por el oferente, y a continuación, en defecto de esta regla, una *especial*, cuando no quepa desconocer la remisión de la aceptación¹³⁵. De este modo, combinar ambas teorías -la teoría del conocimiento y la de la recepción- para establecer el momento de perfección del contrato, ha sido la solución adoptada por nuestro legislador¹³⁶.

- Reglas de perfección en caso de que el contrato se celebre a través de dispositivos automáticos: ante todo, conviene detenerse en la polémica expresión «dispositivos automáticos», pues no se ha llegado a comprender correctamente ni su alcance ni su significado. La Ley 34/2002, en su Anexo de Definiciones, no ofrece un concepto de «dispositivos automáticos», por lo que resulta inevitable acudir a una definición dada por nuestra doctrina. De este modo, para PANIZA FULLANA, se contrata a través de dispositivos automáticos cuando la contratación se lleva a cabo a través de un sitio *web* en el que basta accionar sobre el icono «aceptar» para concluir un contrato¹³⁷. Este modo de contratación permite que el lapso de tiempo para que la contestación llegue al oferente sea ínfimo, lo cual nos permite hablar de una comunicación

¹³⁴ La regla subsidiaria plantea algunos problemas que han sido analizados por la doctrina más reciente. Así, según PENDÓN MELÉNDEZ, no es adecuado que un hecho que debiera ser objetivo, como lo es el momento de la perfección del contrato, se valore según criterios subjetivos. Por tanto, el momento de la perfección debiera depender «de la declaración de voluntad del aceptante, no de actuaciones posteriores o de *actitudes* del oferente». A esto se añade que «no resultará fácil disponer de medios que, en la distancia, permitan *acreditar* la mala fe del oferente, máxime si éste muestra una actitud *pasiva* de la que resulte difícil deducir nada». *La perfección del contrato...*, págs. 329 y 330.

¹³⁵ PENDÓN MELÉNDEZ, M.A.: *La perfección del contrato...*, pág. 336. Por otro lado, conviene señalar que dichas reglas no son novedosas, sino que vienen a reproducir la regla consagrada por el viejo art. 1262.2 C.c. que establecía igualmente el criterio del conocimiento, flexibilizado con el de la recepción cuando el oferente de forma culpable o negligente retrasa el conocimiento de la correspondiente declaración de voluntad emitida por el aceptante. GUIADO MORENO, A.: *Formación y perfección...*, pág. 202.

¹³⁶ Algo parecido ocurre en el Derecho italiano. Según el art. 1326.1 del *Codice Civile* «el contrato se concluye en el momento en que, quien ha hecho la propuesta, tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte». Así queda consagrada la teoría del conocimiento. Sin embargo, enseguida se matiza con la teoría de la recepción, pues el art. 1335 del mismo texto legal establece que la aceptación se presume conocida «en el momento en que llega a la dirección del destinatario, si éste no prueba haberse encontrado, sin culpa suya, en la imposibilidad de tener noticia de ella».

¹³⁷ *Contratación a distancia y defensa...*, pág. 256.

prácticamente inmediata o, si se quiere, simultánea. La distancia física entre los contratantes queda superada por el medio de comunicación utilizado. Por tanto, tal y como señala el Consejo de Estado, la instalación de estos dispositivos automáticos «impide al oferente, de acuerdo con la buena fe, alegar que no llegó a tener conocimiento efectivo de la aceptación hasta un momento posterior»¹³⁸. Debido a ello, en tales supuestos resulta de aplicación el art. 1262.3 C.c.¹³⁹, según el cual en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento -y por tanto perfección- desde que se manifiesta la aceptación¹⁴⁰.

¹³⁸ En la práctica, hay que admitir que esta recepción podría demorarse debido, por ejemplo, a errores técnicos; pese a ello, la solución legal creemos que es acertada porque beneficia al consumidor, a quien bastará probar su aceptación; de este modo, las vicisitudes técnicas deberán ser soportadas por el empresario.

¹³⁹ Lo mismo se señala en el segundo párrafo del art. 54 del Código de Comercio.

¹⁴⁰ En estos casos tendremos que tener presentes algunas de las normas contenidas en la Ley 34/2002, siendo una de las más significativas la contenida en el art. 28. 1, según el cual «el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo». Esta norma es imperativa siempre que el contratante tenga la condición de consumidor, puesto que si no lo es se puede pactar otra cosa (art. 28.3). En todo caso, no resulta obligatoria la confirmación de la recepción de la aceptación cuando «el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente siempre que estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de la obligación». (art. 28.3 b). No obstante, aunque dichas normas deben ser tenidas en cuenta, no condicionan el momento de la perfección del contrato que, como bien establece el art. 1262. 3 C.c., tiene lugar desde que la aceptación se manifiesta.

CAPÍTULO IV. EL DESISTIMIENTO *AD NUTUM* EN EL CONTRATO DE HOSPEDAJE.

I. Cuestiones previas. El carácter excepcional del desistimiento.

Se ha mantenido por la doctrina, prácticamente de forma unánime, que la facultad de desistir del contrato vulnera uno de los principios fundamentales del Ordenamiento Jurídico: el principio *pacta sunt servanda*, o lo que es lo mismo, *lo pactado obliga*, que encuentra acogida en el art. 1256 de nuestro Código Civil¹⁴¹. Según este precepto, el contrato tiene eficacia vinculante para quienes lo celebran, no pudiendo dejarse al arbitrio de uno de los contratantes ni la validez ni el cumplimiento del mismo¹⁴².

Esto nos lleva a considerar el desistimiento como una figura de carácter excepcional, para cuyo ejercicio es imprescindible que la ley lo contemple -desistimiento legal-, o bien que las partes lo prevean en el contrato -desistimiento convencional o también llamado desistimiento contractual-.

Pese a la cada vez más frecuente generalización de la figura en el ámbito del consumo, la excepcionalidad se mantiene también en este sector. Así, dentro del RD 1/2007, se permite al consumidor la posibilidad de desistir solamente en tres tipos contractuales: por una parte, en los contratos celebrados fuera de establecimiento

¹⁴¹ En sentido similar se pronuncia el art. 1372 del *Codice Civile*, a cuyo tenor *il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*. Si el contrato es el vínculo para cada una de las partes contractuales, esto significa que ninguna de ellas, por regla general, puede extinguir el contrato y liberarse del vínculo por propia decisión unilateral. Por tanto, nadie puede incidir sobre la situación jurídica de la otra parte con la propia voluntad unilateral y sin el concurso de la voluntad del sujeto afectado. ROPPO, E.: “Contratto”, pág. 129.

¹⁴² Pese a que se considera por la doctrina mayoritaria que desistir de un contrato quebranta lo establecido por el art. 1256 C.c., hay quienes mantienen que el ejercicio de la facultad no contraviene dicho precepto. De este modo, el art. 1256 C.c. se refiere en exclusiva al «cumplimiento» y a la «validez» y no a la *extinción*. RODRÍGUEZ MARÍN, C.: *El desistimiento unilateral...*, págs. 284 y ss. En este sentido, la STS de 29 de mayo de 1972 establece que desistir de una relación jurídica no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez al arbitrio de una de las partes contratantes, sino autorizarle para poner fin a una situación jurídica. Llega a la misma conclusión PUIG BRUTAU, quien entiende que, en el ámbito del contrato de obra, «el hecho de que esta facultad sólo procede a cambio de indemnizar al contratista en la forma expresada, permite indicar que no se trata de una excepción a la norma de que *la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes...*». *Fundamentos...*, pág. 477 y ss. Sin embargo, este planteamiento fracasaría en todos aquellos casos en los que la ley permite ejercitar la facultad gratuitamente, como es el caso del art. 68 TR, o el supuesto establecido por el art. 1736 C.c.

mercantil y en los contratos celebrados a distancia (arts. 102-108 TR)¹⁴³; y por otra, en el contrato de viaje combinado (art. 160 TR)¹⁴⁴.

Del mismo modo ocurre en la mayor parte de los países europeos; por ejemplo, en Italia, el *Codice del consumo* atribuye la facultad de desistir tanto a los consumidores de contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales y contratos a distancia (arts. 52 y ss.)¹⁴⁵, como a los consumidores de contratos relativos a la adquisición de un derecho de goce compartido de bienes inmuebles, llamados comúnmente *contratti di multiproprietà* (art. 73)¹⁴⁶. Por su parte, el contrato de viaje combinado presenta una estructura diversa en el Derecho italiano: el consumidor de un viaje combinado podrá desistir del contrato conforme a los artículos 52 y ss. siempre y cuando dicho viaje haya

¹⁴³ Conforme al art. 68.3 TR, de forma supletoria regirá el régimen general del derecho de desistimiento, contemplado en los artículos 68 y ss. RD 1/2007.

¹⁴⁴ Algunas de las características que presenta el desistimiento contenido en el art. 160 TR -antiguo art. 9.4 de la ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados-, difieren bastante de aquellas otras contenidas en los arts. 68 y ss. del mismo texto legal. Así, aunque en ambos casos estamos ante un desistimiento legal *ad nutum*, cuyo ejercicio no implica justificar los motivos de la decisión, en el primer caso el ejercicio implica el pago de una penalización que irá ascendiendo a medida que se acerca la fecha de inicio del viaje, mientras que en el segundo caso, tal y como establece el propio art. 68 TR, el derecho se ejercita *sin penalización de ninguna clase*. No obstante, existen dos supuestos, dentro del art. 160 TR, en los que el consumidor podrá ejercitar su facultad sin necesidad de pagar una contraprestación a la contraparte: cuando desista antes de que comiencen los quince días inmediatamente anteriores a la fecha de ejecución del contrato y cuando lo haga por un supuesto de fuerza mayor. En este sentido, tal y como establece GÓMEZ CALLE, «el desistimiento quedaría justificado por causa de fuerza mayor cuando, después de reservado el viaje, sobreviene una circunstancia ajena al consumidor, imprevisible para él al momento de contratar y de consecuencias inevitables pese al empleo de toda la diligencia exigible, que determina su pérdida de interés en realizar el viaje aún posible». *El contrato de viaje...*, pág. 202. Por tanto, solamente en los dos casos mencionados, el desistimiento participa de la gratuidad, característica contemplada en el art. 68 TR.

¹⁴⁵ Modificados por el Decreto legislativo de 21 de febrero de 2014, nº21, en vigor desde el 13 de junio de 2014.

¹⁴⁶ Dicho art. 73, modificado por el D. lgs. 23 maggio 2011, y en consonancia con los nuevos plazos establecidos por la Directiva 83/2011, concede al consumidor un periodo de 14 días naturales para desistir, sin especificar el motivo, del contrato de multipropiedad. El periodo para desistir se calcula desde el día de la conclusión del contrato definitivo o del contrato preliminar, o desde el día en el cual el consumidor recibe el contrato definitivo o el contrato preliminar, si es posterior a la fecha en la que tiene lugar la conclusión del contrato. El fundamento del desistimiento en este contrato no está relacionado con la forma de conclusión del contrato, sino que el aludido *recesso* se prevé en consideración al objeto de tal contrato y a las consecuencias, de particular relevancia, que la operación comporta para el consumidor. MANCALEONI, A.M.: *I contratti con i consumatori...*, págs. 189 y ss. En España, el TR 2007 no regula el desistimiento en este tipo de contratos, siendo el art. 12 de la ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, el que se encarga de la pertinente regulación. En dicho artículo se establece, de forma idéntica que en el anteriormente señalado art. 73 del *Codice del Consumo*, que el consumidor podrá ejercitar la facultad de desistir en el plazo de 14 días naturales a contar desde la fecha de celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar vinculante, si en ese momento el consumidor recibió el documento contractual o, en otro caso, desde la recepción posterior de dicho documento. También entre la doctrina española se ha establecido que el derecho de desistimiento tiene como fundamento principal la complejidad del objeto del contrato, de manera que se atribuye al consumidor un derecho de reflexión aun después de la perfección del mismo. BELUCHE RINCÓN, I.: *El derecho de desistimiento...*, pág. 46.

sido contratado a distancia o fuera de establecimiento comercial. Así lo dispone el art. 32 del *Codice del Turismo*. Para todos los demás casos, el consumidor no tiene derecho legal de desistimiento *ad nutum*, al no existir un artículo equivalente al 160 del TR; sin embargo, en la práctica contractual italiana se tiende a establecer, en caso de que el consumidor decida sin alegar justa causa poner fin al contrato, el pago de una indemnización similar en sus baremos a la establecida por el art. 160 del RD 1/2007¹⁴⁷. De este modo, la penalización será mayor si se ejercita el desistimiento en una fecha próxima a la ejecución del contrato¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Se registra la tendencia en el sector empresarial a prever que el consumidor que quiera ejercitar el desistimiento *ad nutum* podrá hacerlo siempre que abone la correspondiente penalización, la cual es destinada a compensar o limitar el perjuicio sufrido por el organizador, ya que el *Codice del Consumo* nada dispone sobre esta cuestión. PAOLUCCI, N.: “I servizi turistici”, pág. 515.

¹⁴⁸ Merece la pena traer a colación una pequeña síntesis de cómo se presenta en Italia la facultad de desistir de un viaje combinado, no solamente por las similitudes entre este contrato y el de hospedaje, sino también por la ausencia en dicho país, como ya hemos apuntado, de un artículo similar al 160 TR. Por tanto, cuando un consumidor de un viaje combinado o paquete turístico decide desistir del contrato antes de la salida del viaje, ¿a qué mecanismos legales puede acudir? Pues bien, antes de que entrara en vigor el D. lgs., 23 maggio 2011, n. 79, por el que se modifica el *Codice del Consumo*, era el art. 82 de este texto legal el que hacía referencia al objeto de estudio. Hoy en día, debido a las modificaciones apuntadas, las respuestas se encuentran en el art. 32 del *Codice del Turismo* en el que se establece que solamente en aquellos casos en los que el viaje combinado se contrate a distancia o fuera de establecimiento comercial, podrá el consumidor acogerse a los artículos del *Codice del Consumo* que regulan el desistimiento *ad nutum* en este tipo de contratos (antes de que entrara en vigor el Decreto Legislativo de 21 de febrero de 2014 esos preceptos eran los arts. 64 a 67 del *Codice del Consumo*. Sin embargo, en la actualidad el desistimiento *ad nutum* se regula en los artículos 52 y ss. del mismo texto legal). En todos los demás casos, el consumidor no tendrá derecho a un desistimiento discrecional, sino por justa causa, al que hacen referencia los arts. 40 y 41 del *Codice del Turismo* -antiguos artículos 90 y 91 del *Codice del Consumo*-. Sin embargo, lo que hasta aquí parece claro, se encuentra con un obstáculo que hace tambalear lo establecido por el art. 32 del *Codice del Turismo*. Este impedimento es el art. 59.1 n) del *Codice del Consumo*. En él se establece que el desistimiento previsto en los artículos 52 a 58 no se aplicará a «la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, i servizi di catering o i servizi riguardanti le attività del tempo libero qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici». La interpretación del citado precepto ha llevado a la mayor parte de la doctrina italiana a considerar el contrato de viaje combinado como uno de los contratos pertenecientes a la categoría *tempo libero*. SIMONINI, E.: “La compravendita di pacchetti turistici...”, pág. 25. Fundamentalmente razones de insostenibilidad económica de un *recesso di pentimento* en tal ámbito justificarían la exclusión. ZORZI GALGANO, N.: “Il recesso di protezione...”, pág. 1203. Por tanto, la polémica está servida: por una parte, el art. 32 del *Codice del Turismo* atribuye a los consumidores que contraten un paquete turístico a distancia o fuera de establecimiento comercial la posibilidad de desistir conforme a los arts. 52 y ss.; por otro lado, el art. 59.1. n) del *Codice del Consumo*, en sede de contratación a distancia, excluye la posibilidad de desistir conforme a los arts. 52 y ss. a los consumidores de un paquete turístico. La contradicción es evidente. Cómo bien apunta ZORZI GALGANO se trata de un problema no resuelto legalmente, y que se deja al arbitrio del intérprete. Sin embargo, cómo también señala la citada autora, el segundo párrafo del art. 32 puede disipar algunas dudas. En dicho párrafo se establece, como ya hemos señalado en líneas anteriores, que solamente en aquellos casos en los que el viaje combinado se contrate a distancia o fuera de establecimiento comercial, podrá el consumidor acogerse a los artículos del *Codice del Consumo* relativos al desistimiento; sin embargo, acto seguido se dispone que «in tale caso il professionista è obbligato a comunicare per iscritto l'esclusione del diritto di recesso. L'omessa comunicazione in merito all'inesistenza del diritto di recesso determina l'applicabilità degli articoli 64, 65, 66 e 67 -actualmente arts. 52 a 58- del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206». Dicha apreciación, que por otra parte no se contenía en el antiguo art. 82 del *Codice del Consumo*, parece ser próxima a la exclusión realizada por el art. 59.1 n), dejando entrever que la intención real del

Por su parte, a nivel comunitario, la Directiva 2011/83, sobre los derechos de los consumidores -actualmente transpuesta al Derecho interno de la mayor parte de los países miembros¹⁴⁹-, mantiene asimismo el criterio de la excepcionalidad; de este modo, su art. 9 recalca la posibilidad de desistir *solamente* en aquellos casos en los que se contrate a distancia o fuera de establecimiento mercantil. Como establece el Considerando (19) de la mencionada Directiva, sólo en relación a dichos contratos «el consumidor debe tener derecho de desistimiento, a menos que haya dado su consentimiento para que comience la ejecución del contrato durante el plazo de desistimiento y haya tenido conocimiento de que, consecuentemente, perderá el derecho de desistimiento».

Con todo, lo que se pretende recalcar en este primer apartado es el marcado carácter excepcional de una facultad que, si bien en algunos sectores, como el del consumo, ha tendido a la generalización, no deja de constituir una excepción al principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el art. 1256 C.c. y principio rector de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Por tanto, la principal consecuencia de constituir una excepción al dogma de la irrevocabilidad del contrato consistirá básicamente en la imposibilidad de aplicar análogicamente dicha facultad, debiendo ser interpretada de forma restrictiva; lo que no es óbice para que las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, puedan establecer en el contrato la facultad de desistir. En este sentido, como señala buena parte de la doctrina italiana, el *recesso* convencional no contradice el principio *pacta sunt servanda*, ya que éste está previsto consensualmente¹⁵⁰.

II. Noción de desistimiento *ad nutum*. Diferencias con figuras afines.

legislador es en todo caso privar al consumidor de un viaje combinado de la posibilidad de un desistimiento legal *ad nutum*, pudiendo el consumidor desistir del contrato conforme a los arts. 52 y ss. solamente en aquellos casos en los que no es informado de que *no tiene* derecho a desistir. “Il recesso di protezione...”, pág. 1207.

¹⁴⁹ Con el fin de transponer al ordenamiento español la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, ha sido aprobada la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹⁵⁰ SIRENA, P.: “Effeti e vincolo”, pág. 114.

Antes de comenzar este apartado, conviene delimitar el objeto de esta investigación. Como ya se ha dejado entrever, no es nuestra intención abordar la figura del desistimiento en todas sus posibilidades, siendo únicamente de interés el análisis del desistimiento *ad nutum* o también llamado desistimiento *puro y simple*, es decir, aquel que puede ejercitarse sin necesidad de alegar causa especial, o lo que es lo mismo, con carácter discrecional. Por tanto, al margen de este estudio permanece el desistimiento *por justa causa*¹⁵¹, que, si bien ha gozado de reconocimiento en otros países, es de infrecuente aplicación en España¹⁵².

Sin entrar en las dificultades provocadas por la imprecisión terminológica que siempre ha rodeado a la figura, la facultad de desistir ha sido definida en múltiples ocasiones. Según D'AVANZO, por el *recesso* unilateral *ad nutum* una parte, sujeto de una relación jurídica y por ello sometido a determinadas obligaciones, declara que quiere retirarse de la obligación y liberarse de las mencionadas obligaciones con eficacia vinculante para el otro sujeto de la relación¹⁵³. Es importante añadir que tal facultad se caracteriza esencialmente porque no exige la concurrencia de un motivo especial para poder ejercitarla.

¹⁵¹ El desistimiento por justa causa sí ha gozado de aceptación en otros Ordenamientos Jurídicos europeos. Así, en el Derecho alemán, se ha elaborado el concepto de la *ausserordentliche Kündigung* -desistimiento extraordinario-, que es el que se funda en una *wichtiger Grund* -causa relevante-. Suele afirmarse que esta facultad coincide con la resolución del contrato, ya que ambas figuras han de basarse en circunstancias que hagan imposible la continuación del vínculo contractual, si bien en la resolución éstas son más restringidas que en el desistimiento. Por su parte, en el Derecho italiano, la relación entre la figura de la resolución y la del desistimiento por justa causa es diferente. La *giusta causa* -también conocida como *giusti motivi* o *gravi motivi*- es definida por la doctrina italiana de forma abstracta como aquella circunstancia sobrevenida que no consiente la continuación del contrato. SANTORO-PASARELLI, F.: Voz “Giusta causa”, pág. 1109. Sin embargo, no coincide nunca con el incumplimiento contractual que justifica la resolución. Se trata, más bien, de circunstancias relativas a situaciones personales de las partes, o a eventos relativos al objeto contractual. KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral...*, págs. 38 y ss. No obstante, para otros autores ambas figuras no presentan tantas diferencias, siendo la única diferencia auténtica el hecho de que la resolución debe ser ejercitada judicialmente, mientras que el *recesso* puede ejercitarse mediante una declaración de voluntad extrajudicial. Así, GABRIELLI, G.: “Recesso e risoluzione...”, págs. 725 y ss. y MANCINI, G.F.: “Primi osservazioni...”, págs. 91 y ss.

¹⁵² Un ejemplo claro de este tipo de desistimiento lo constituye el art. 158 TR, que encuentran su correspondencia en el art. 41 del *Codice del Turismo*.

¹⁵³ Voz “Recesso. Diritto civile”, pág. 1027. Por su parte, para RAVERA, el *recesso* es un acto de voluntad unilateral que extingue los efectos del contrato. *Il recesso*, pág. 8. Profundiza asimismo sobre el tema CARRESI, F.: “Il contratto”, pág. 844. Entre la doctrina española, BELUCHE RINCÓN conceptúa el desistimiento unilateral como una facultad que, «atribuida convencionalmente en el negocio constitutivo de una obligación o *ex lege*, permite, a una o ambas partes de la relación obligatoria, concluir la discrecionalmente, esto es, sin necesidad de explicación o causa alguna. La facultad de desistir posibilita al contratante que la ejercita poner fin a la relación liberándose de las obligaciones». *El derecho de desistimiento...*, pág. 23.

Definida la figura, conviene diferenciarla de otra institución con la que habitualmente tiende a confundirse, ésta es: la resolución contractual¹⁵⁴. En este sentido, mientras la distinción entre la resolución y el desistimiento por *justa causa* puede suscitar más amplio debate, debido a la proximidad entre ambas figuras, las diferencias que presenta con el desistimiento *ad nutum* son más que evidentes, pese a las continuas ambigüedades terminológicas que han inundado los textos normativos más recientes.

Así, entretanto la resolución en el ordenamiento español es un remedio del incumplimiento, contemplado en el art. 1124 C.c., el desistimiento *ad nutum* no se funda en el incumplimiento de la contraparte.

En este sentido, conviene dejar claro lo siguiente:

- a) Cuando hay incumplimiento *grave*, uno de los medios disponibles por el Ordenamiento para la parte que lo sufre es la resolución contractual del artículo 1124 del Código Civil, no importando que el incumplimiento sea o no imputable al deudor.
- b) Por su parte, el desistimiento se entiende pensado para aquellos casos en los que el cliente decide desvincularse del contrato por causa ajena al incumplimiento de la contraparte. De este modo, el *recesso ad nutum* no requiere fundarse en ninguna causa, siendo la discrecionalidad su fundamental rasgo de distinción.

III. Tipos de desistimiento *ad nutum*.

¹⁵⁴ En Italia la doctrina tiende a marcar la distinción con otras dos figuras al margen de la resolución contractual. Estas son la renuncia y la revocación. Con respecto a la renuncia, se trata ésta de una facultad que depende exclusivamente de la autonomía de la voluntad del sujeto que la ejerce, mientras que el *recesso* podrá ejercitarse previa legitimación legal o convencional. La renuncia opera en la exclusiva esfera jurídica de su titular, sin perjuicio de que produzca algunos efectos en el patrimonio de otro sujeto, ya que dichos efectos son una consecuencia refleja, y no directa del acto de renuncia. Por el contrario, si por un lado, el *recesso* afecta directamente a la esfera de quien lo ejerce, por otro, se dirige a incidir también en la esfera jurídica de su receptor, porque a diferencia de la renuncia el desistimiento sí tiene un destinatario. Por último, la renuncia es susceptible de cancelarse hasta que sus efectos frente a terceros no sean establecidos definitivamente. El *recesso*, es irrevocable porque tiene efecto instantáneo. Por lo que respecta a la revocación, el mismo autor afirma que el elemento de diferencia entre revocación y desistimiento se encuentra fundamentalmente en el modo en que opera la voluntad en una y otro. La revocación encuentra su título solamente en la voluntad de la parte que la ejerce. El desistimiento, aunque está vinculado también a la voluntad de quien lo lleva a efecto, sin embargo debe haber sido atribuido a éste bien por ambas partes (incluido el sujeto pasivo del *recesso*), bien por la ley. D'AVANZO, W.: Voz "Recesso. Diritto civile", pág 1028.

Una vez expuesta la excepcionalidad que reviste la figura objeto de estudio, y delimitado su concepto, con el fin de visualizar un panorama global de la institución, conviene estudiar por separado las distintas clases de desistimiento que existen actualmente.

Muchas han sido las clasificaciones que la doctrina ha manejado para explicar conceptualmente la institución que nos ocupa; sin embargo, de todas ellas, creemos que la más acertada es aquella que diferencia el desistimiento según haya sido éste atribuido legalmente -desistimiento legal-, o bien haya sido conferido por las mismas partes del contrato -desistimiento convencional-. Dicho esto, la característica común a ambos tipos de desistimiento será la ausencia de la necesidad de justificar la decisión de desistir; la parte no tiene por qué especificar los motivos que le llevan a querer desvincularse del contrato. De ahí que en todo caso hagamos referencia a un desistimiento *ad nutum*.

a. Desistimiento legal.

También este tipo de desistimiento -aquel que es atribuido directamente por la norma- sufre una división interna que ha llevado a la doctrina a estudiar por un lado el desistimiento legal en los contratos celebrados por tiempo indefinido, y por otro, el desistimiento legal en los contratos por tiempo determinado.

Por lo que respecta al desistimiento legal en los contratos celebrados por tiempo indefinido, no le dedicaremos más que unas líneas, debido a que se entiende pensado para un tipo de contratos que poco tienen que ver con el hospedaje. Solamente es necesario apuntar que su fundamento se encuentra en evitar la vinculación perpetua de los contratantes¹⁵⁵ y que es conocido por la doctrina italiana como *recesso ordinario*, al ser aplicable también en los supuestos en los que no se prevé legalmente, alejándose así del carácter excepcional que caracteriza a la institución.

¹⁵⁵ La aceptación de un vínculo perpetuo podría implicar una renuncia de la libertad contractual. El desistimiento es sin duda uno de los instrumentos que el ordenamiento ofrece para proteger la libertad que se coarta con relaciones obligatorias imperecederas. VÁZQUEZ-PASTOR JÍMENEZ, L.: “Una aproximación al desistimiento...”, pág. 261. Idéntico criterio se sigue en Italia, donde este tipo de *recesso ex lege* constituye un mecanismo de reacción frente a la regla de la perpetuidad del vínculo obligatorio. MENICHINO, C.: “Gli strumenti di scioglimento...”, pág. 770.

De mayor interés resulta, sin embargo, debido a las características del hospedaje, el análisis del desistimiento legal en los contratos celebrados por tiempo determinado. Este desistimiento, llamado por la doctrina italiana *recesso straordinario*, es reconocido para determinados contratos que sí están provistos de término final.

Un ejemplo característico en nuestro Código Civil es el art. 1594 C.c., referido al contrato de obra, en el que se dispone que «el dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella»¹⁵⁶.

El fundamento de este tipo de desistimiento varía según el contrato, es decir, cada caso de desistimiento legal tiene un fundamento distinto. Para el contrato de obra, la doctrina, tanto española como italiana, establece que el fundamento del derecho se encuentra en la prevalencia del interés del comitente¹⁵⁷. En este sentido, el *recesso* que regula el art. 1671 del *Codice Civile* responde a la exigencia de tutela de los intereses del comitente, el cual, por heterogéneas razones, puede dejar de tener interés en la continuación de la obra. Esto explica no solamente que tal remedio sea concedido únicamente a él, sino también por qué tiene la facultad de un desistimiento *ad nutum*: sólo el comitente puede ser juez de estas razones¹⁵⁸.

Dicho fundamento, esto es, la prevalencia del interés de una de las partes, es el que la doctrina también utiliza para justificar la aplicación del art. 160 TR al consumidor de un contrato de viaje combinado. «El fundamento del derecho del consumidor del viaje combinado *a dejarlo sin efecto* se encuentra, igual que en el

¹⁵⁶ Dicho artículo encuentra su equivalente en el art. 1671 del *Codice Civile*, según el cual «Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno». Otro ejemplo podría ser el contemplado por el art. 1723 del *Codice Civile*, que hace referencia al *recesso* en el contrato de mandato y que se corresponde con el art. 1736 C.c.

¹⁵⁷ BELUCHE RINCÓN, I.: “La deficiente protección...”, pág. 11. DELLACASA, M.: “Recesso discrezionale...”, pág. 51.

¹⁵⁸ DE BON, P.: “Appalto privato: cause di...”, pág. 470. Este mismo autor, en el análisis del art. 1671 va más allá y establece que el *recesso* unilateral del comitente no solamente vulnera el anteriormente nombrado art. 1372 *Codice Civile*, sino que se aleja asimismo de lo dispuesto en el art. 1373, según el cual, como tendremos la ocasión de analizar más adelante, la facultad de desistir del contrato atribuida a una de las partes puede ser ejercitada siempre que el contrato no haya tenido un principio de ejecución, salvo las hipótesis de contratos de duración. Dado que el contrato de obra no es un contrato de duración - o lo que es lo mismo, un contrato celebrado por tiempo indefinido-, la previsión legislativa de un desistimiento unilateral, también en aquellos casos en los que se haya iniciado la ejecución de la obra o la prestación del servicio, crea un remedio diverso de la facultad de desistimiento contenida en el art. 1373 *Codice Civile*. DE BON, P.: “Appalto privato: cause di...”, pág. 468.

contrato de obra, en la prevalencia de su interés: el viaje se realiza en interés del usuario y, por ello, puede decidir sobre su realización, debiendo el organizador del viaje y la agencia detallista soportar la renuncia»¹⁵⁹.

En abstracto, nada impide considerar que este fundamento también serviría para el consumidor de un contrato de hospedaje; sin embargo, y como tendremos la ocasión de analizar con más profundidad en páginas posteriores, el consumidor de dicho contrato, a diferencia de lo que ocurre tanto con el contrato de obra como con el contrato de viaje combinado, no dispone de un artículo que reconozca legalmente su derecho de desistimiento; por tanto, debido al carácter excepcional de la institución, resulta imposible aplicar por analogía alguno de los preceptos señalados¹⁶⁰.

No obstante, en el ámbito del consumo, el art. 160 TR no es el único ejemplo de desistimiento legal, siendo los arts. 102-108 TR los encargados de regular el desistimiento del consumidor que contrata a distancia o fuera de establecimiento mercantil.

En estos casos el fundamento del derecho se encuentra, según la mayor parte de la doctrina, en motivos diversos a los que justifican el desistimiento en los contratos anteriormente señalados. Como sabemos, los modernos mecanismos de contratación de masas propios de la economía actual, sitúan al consumidor en una posición de inferioridad respecto al empresario, que afecta esencialmente a la correcta formación de su consentimiento. Por ejemplo, en los contratos celebrados a distancia, el consumidor no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las instalaciones en las que se presta el servicio que contrata. Como consecuencia, es bastante probable que el consumidor forme indebidamente su voluntad contractual. De este modo, el desistimiento se concede al consumidor con el fin de que forme un consentimiento libre, reflexivo y consciente¹⁶¹.

¹⁵⁹ BELUCHE RINCÓN, I.: “La deficiente protección...”, pág. 11.

¹⁶⁰ En el caso del hospedaje no existe ningún artículo que, como hace el art. 1594 C.c. o el art. 160 TR, sirva de soporte legal para la aplicación del derecho de desistimiento. Existe el fundamento, pero no artículo legal que lo respalde.

¹⁶¹ VÁZQUEZ-PASTOR JÍMENEZ, L.: “Una aproximación al desistimiento...”, pág. 279. Sobre este tema se pronuncia asimismo GARCÍA VICENTE, según el cual las razones que justifican la atribución legal de un derecho de desistimiento al consumidor son básicamente cuatro: en primer lugar, con tal derecho el consumidor puede reconsiderar su decisión en razón de la relativa falta de libertad que padeció

Sin embargo, no es este el único motivo al que alude la doctrina para justificar que en este tipo de contratos el consumidor disponga de un derecho de desistimiento. Así, para parte de la doctrina italiana, las auténticas razones que llevan al legislador a poner a disposición del consumidor que contrata a distancia un derecho legal de desistimiento *ad nutum* son razones de eficacia económica. De este modo, el *jus poenitendi* sigue la lógica que mejora la dinámica del comercio¹⁶². Este planteamiento contempla todos aquellos casos en los que el sujeto, pese a haber formado un consentimiento válido y maduro, simplemente cambia de idea. Sin embargo, según nuestro criterio, el hecho de que el desistimiento también pueda ser ejercitado en tales casos -aquellos en los que el consumidor simplemente cambia de idea-, es más bien una consecuencia inevitable que el fundamento de la institución, la cual está pensada, creemos, para proteger a la parte débil de la relación jurídica, esto es, el consumidor que contrata a distancia o fuera de establecimiento mercantil. Ahora bien, resulta prácticamente imposible discernir entre aquellos casos en los que el consumidor desiste porque efectivamente la contratación a distancia le impidió formar un consentimiento maduro y reflexivo, de aquellos otros supuestos en los que el ejercicio del derecho responde a un simple *cambio de idea*. Es por ello por lo que en estos últimos también existe para él la posibilidad de desistir del contrato¹⁶³.

Aclarado el fundamento del desistimiento en este tipo de contratos, y teniendo en cuenta que el hospedaje es con frecuencia un contrato a distancia, creemos conveniente hacer hincapié en el estudio de algunas cuestiones reflejadas en los arts.

al tiempo de la celebración del contrato; en segundo lugar, puede servir asimismo para limitar la discusión sobre el cumplimiento; también puede atribuirse, en tercer lugar, para que el consumidor conserve el poder de decisión sobre su propio interés durante la vigencia del contrato, sobre todo cuando se trata de contratos de tracto sucesivo o que imponen una notable carga económica hacia el futuro; por último, puede entenderse que es un mecanismo útil para remediar el sobreendeudamiento del consumidor, ocasionado por la adquisición innecesaria de bienes y servicios. “Comentario al artículo 68”, págs. 850 y 851. En el Derecho italiano este tema lo aborda con detalle MANCALEONI, para quien mientras en los contratos celebrados fuera de establecimiento comercial la *ratio* del *recesso* radica fundamentalmente en el *efecto sorpresa* que caracteriza este tipo de negocios, en las ventas a distancia el *recesso* se funda sobre el presupuesto de la ausencia física del profesional. El *recesso* viene a ser un instrumento de tutela contra la eventual deformidad del bien o del servicio respecto a la expectativa del consumidor que no tiene en concreto la posibilidad de ver el bien o de conocer la naturaleza del servicio antes de la conclusión del contrato. *I contratti con i consumatori...*, págs. 189 y ss. Para CHERUBINI, por su parte, la finalidad que inspira este derecho es la tutela del contratante al cual la modalidad de la contratación u otras circunstancias pueden impedir manifestar un consentimiento libre y ponderado. “Sul c.d. Diritto di ripensamento”, pág. 697. Con idéntico criterio, ZORZI GALGANO, N.: “Lo *jus se poenitendi* del...”, pág. 577.

¹⁶² GRECO, F.: “Il *recesso* del consumatore”, págs. 368 y 369.

¹⁶³ Además, si el legislador no estuviese pensando en proteger al consumidor *que contrata a distancia*, la figura no tendría carácter excepcional, sino que habría sido configurada para cualquier tipo de contrato celebrado con consumidores.

102 y ss. TR, al contenerse en ellos todas las circunstancias relativas al ejercicio del derecho¹⁶⁴. No obstante, el análisis de dichos preceptos, adelantamos, sólo servirá para conocer aquellas normas que son excluidas de aplicación en nuestro contrato, ya que como veremos más adelante, el art. 103 l) TR establece en su articulado que el derecho de desistimiento no será de aplicación a los contratos que se refieran a «el suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos».

- Especial referencia al desistimiento legal *ad nutum* en sede de contratación a distancia: arts. 102-108 RD 1/2007.

Como acabamos de señalar, resulta necesario dedicar un breve apartado a analizar algunos aspectos de los artículos que el TR 2007 dedica al derecho de desistimiento, pues solamente de este modo seremos capaces de entender el fundamento de la exclusión llevada a cabo por el art. 103 l) TR. No se trata de pulir detalladamente el contenido de los referidos preceptos, sino únicamente de mostrar una visión general del panorama actual en dicho ámbito, haciendo hincapié fundamentalmente en aquellas cuestiones que inciden en el fundamento de la exclusión, y teniendo presentes los cambios que la trasposición de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores ha traído consigo.

- Plazos de ejercicio.

Para una posterior comprensión del fundamento de la exclusión, es oportuno abordar esta cuestión. En este sentido, establece el art. 104 TR que «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el plazo de desistimiento concluirá a los 14 días naturales (...)».

Dicho plazo empezará a contarse, según ese mismo artículo y siempre que el objeto del contrato fuera la prestación de servicios, desde el momento de la celebración

¹⁶⁴ Pese a que la entrada en vigor de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, se ha encargado de regular el derecho de desistimiento en sede de contratación a distancia, el art. 68.3 TR sigue estando en vigor. Según este artículo: «El derecho de desistimiento atribuido legalmente al consumidor y usuario se regirá en primer término por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en este Título». De este modo, todo lo no contemplado por los arts. 102 y ss. TR, se regirá por lo dispuesto en los arts. 68-79 TR, en los que se contiene el régimen general del derecho de desistimiento.

del contrato, a no ser que no se hayan cumplido debidamente los deberes de información impuestos por el art. 105 TR, en cuyo caso, tal y como dispone este precepto «el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104». Ahora bien, si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 104, «el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información».

En cualquier caso, es evidente que el periodo de tiempo legalmente previsto es relativamente breve, lo que se explica por la necesidad de evitar incertidumbres sobre la existencia o no de las relaciones contractuales. La exigencia de conciliar la protección de la parte débil de la relación y la necesaria seguridad de las transacciones jurídicas se realiza mediante la previsión de un término ciertamente corto para el ejercicio del derecho. «La brevedad del plazo responde igualmente al deber de no desequilibrar las posiciones contractuales de las partes por la intervención legal en beneficio del consumidor, provocando correlativamente el perjuicio del profesional o empresario»¹⁶⁵.

- Gratuidad.

Pese a que no todos los casos de desistimiento regulados en el TR gozan de esta característica -por ejemplo el art .160 TR contempla un desistimiento acompañado de penalización para el consumidor que contrata un viaje combinado-, sí es cierto que el desistimiento previsto para los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil se caracteriza, entre otras cosas, por su ejercicio gratuito.

¹⁶⁵ VÁZQUEZ-PASTOR JÍMENEZ, L.: “Una aproximación al desistimiento...”, pág. 282.

Como dispone el art. 102.2 TR «Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo»¹⁶⁶.

Según afirma la doctrina italiana, el legislador ha previsto que tal derecho no puede quedar condicionado al pago de alguna penalidad, a fin de que el consumidor, pensando que ha de soportar algún coste, sea disuadido de la facultad de desistir¹⁶⁷. Con la prohibición se pretende fundamentalmente evitar que el ejercicio del derecho sea desalentado por la perspectiva de tener que soportar de cualquier modo un coste; por consiguiente, se pretende garantizar la libertad y efectividad de la decisión¹⁶⁸.

Llegados a este punto, al margen de los plazos de ejercicio y de la gratuidad, son muchas otras las cuestiones abordadas por los arts.102-108 TR, tales como el ejercicio y los efectos del derecho de desistimiento; sin embargo, ninguna de tales cuestiones es ya de nuestro interés si consideramos no solamente que dichos artículos estarán excluidos de poder ser aplicados al contrato de hospedaje, sino que, al margen de las dos cuestiones analizadas, ninguna otra incide o es esencial para explicar, como en páginas posteriores tendremos ocasión de hacer, el fundamento de la exclusión realizada por el art. 103 l) TR.

b. Desistimiento convencional.

En aquellos casos en los que no sea la ley, sino el propio contrato, el que atribuya directamente la facultad de desistir, estaremos ante un desistimiento *ad nutum* convencional o contractual, cuyo fundamento se encuentra en la autonomía privada, y para el que tampoco se exige la concurrencia de justa causa.

A diferencia de lo que ocurre en el Código Civil español, el *Codice Civile* italiano dedica un precepto a este tipo de desistimiento, en el que se contempla la

¹⁶⁶ También el art 73 TR alude a esta cuestión estableciendo lo siguiente: «El ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario». Con evidentes antecedentes en el derogado art. 6.2 de la Ley 26/1991 sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, el redactor del Texto Refundido, «antes incluso de establecer las consecuencias principales derivadas del ejercicio del derecho de desistimiento a las que dedica el artículo siguiente (74), quiere resaltar y disipar toda duda acerca de la gratuidad de este derecho para el usuario, y es sin duda por ello por lo que en un precepto previo e independiente, alterando el orden establecido en la norma de la que trae causa, bajo la rúbrica *gastos vinculados al desistimiento*, exonera al usuario del reembolso de cantidad o gasto alguno que pudiera conllevar su decisión de desistir». BELUCHE RINCÓN, I.: *El derecho de desistimiento...*, pág. 81.

¹⁶⁷ GRECO, F.: «Il recesso del consumatore», págs. 366.

¹⁶⁸ CHERUBINI, M.C.: «Sul c.d. Diritto di ripensamento», pág. 697.

posibilidad de que sea el propio contrato el que confiera a una o ambas partes la facultad de desistir unilateralmente¹⁶⁹.

El legislador italiano prevé dos hipótesis diversas de *recesso* convencional que han sido clasificadas por la doctrina italiana del siguiente modo: a) *recesso* en los contratos de duración instantánea, en los que el *recesso* es ejercitable hasta que el contrato empiece a ejecutarse; b) *recesso* en los contratos de duración continuada, en los que la facultad puede ejercitarse en cualquier momento, aunque no tenga efecto en las prestaciones ya realizadas.

No obstante, es fundamental recordar el carácter dispositivo del precepto, puesto que en el último párrafo del referido artículo se consiente a las partes regular los términos del ejercicio del *recesso* convencional de modo diverso a lo establecido en los párrafos anteriores¹⁷⁰.

¹⁶⁹ A tenor del art. 1373 del *Codice Civile*: «Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. E' salvo in ogni caso il patto contrario». Para GALGANO, el mismo contrato puede otorgar a los contratantes o a uno de ellos la facultad de extinguirlo mediante el *recesso* unilateral, derogando por ello el principio por el cual el contrato no puede cesar si no es por mutuo consenso, establecido en el art. 1372.1 *Codice Civile*. “Degli effetti del...”, pág. 58. Ahora bien, esa derogación del principio de la vinculatoriedad de los contratos que implica el ejercicio del *recesso* convencional, explica asimismo su carácter excepcional. VÁZQUEZ-PASTOR JÍMENEZ, L.: “Una aproximación al desistimiento...”, pág. 272. En esta línea se encuentra FRANZONI, quien afirma que este derecho tiene naturaleza de remedio excepcional y no es susceptible de una interpretación extensiva; dicha naturaleza tiene como consecuencia que la cláusula que lo comporta debe tener un contenido inequívoco. “Degli effetti del contratto...”, págs. 319 y 320. Apoyando este criterio, la Corte de Casación ha establecido que la cláusula con la cual se atribuye la facultad de *recesso ex art. 1373 Codice Civile*, puesto que deroga el principio general por el cual el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, debe ser siempre redactada en términos claros, tales que no dejen ninguna duda sobre la voluntad de los contratantes de introducirla en el negocio por ellos suscrito.

¹⁷⁰ VÁZQUEZ-PASTOR JÍMENEZ, L.: “Una aproximación al desistimiento...”, pág. 275. Como señala acertadamente FRANZONI, con esta última disposición el contenido entero del artículo asume el carácter de una norma dispositiva, de forma que las partes pueden, por ejemplo, prever el *recesso* aunque el contrato haya tenido un principio de ejecución. “Degli effetti del contratto...”, págs. 320 y 321. En esta misma línea cabe destacar la sentencia de la *Corte Suprema di Cassazione*, 25 de enero 1992. En ella se afirma que «debe considerarse que los contratantes -en el marco del último párrafo del art. 1373 (...) que se refiere a todas las disposiciones contenidas en los tres primeros párrafos que, por tanto, no tienen carácter imperativo- bien pueden prever, en derogación a la disposición del primer párrafo, que el *recesso* (...) pueda ser ejercitado también después de iniciar la ejecución de la prestación». Por su parte, D'AVANZO no comparte dicha opinión, considerando que el art. 1373. 4 únicamente hace referencia al párrafo que lo precede, por lo que las partes solamente pueden disponer libremente sobre la posibilidad de establecer una remuneración por tal facultad, y un *recesso* dispuesto de forma diferente desnaturaliza el instituto. Voz “Recesso. Diritto civile”, pág. 1038.

En el Código Civil español, como venimos recordando, no existe un equivalente al referido artículo italiano; sin embargo, el TR 2007 sí hace referencia expresa al desistimiento convencional del consumidor. En concreto los arts. 68.2 y 79 TR se ocupan de él. Por tanto, la atribución «convencional» de derechos de desistimiento *ad nutum* al consumidor está generalmente admitida en la práctica contractual de consumo¹⁷¹.

IV. Características del desistimiento legal *ad nutum*.

- Discrecionalidad: Quizá sea la única característica común a todo tipo de desistimiento *ad nutum*. En ella se encuentra la esencia de la figura objeto de estudio. Dentro del RD 1/2007, el art. 68 hace referencia a ella al establecer que «el derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado (...) *sin necesidad de justificar su decisión*». Asimismo, el art. 102 del mismo texto legal especifica que «el consumidor y usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales *sin indicar el motivo (...)*»¹⁷².
- Gratuidad/ausencia de gratuidad: Ni la gratuidad ni la ausencia de ella son características determinantes del derecho a desistir de un contrato. No obstante, actualmente, en el ámbito del consumo, el art. 102 TR, para los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, establece que el derecho se ejercitará sin incurrir el consumidor en ningún coste. Sin embargo, el mismo TR 2007 cuenta con un artículo, el 160, en sede de viajes combinados, en el que se regula el derecho de desistimiento imponiendo al consumidor que lo ejercita una penalización que irá creciendo a medida que el ejercicio del derecho se aproxime a la fecha en la que comienza el viaje. También en el Código Civil, donde se ha dicho que el desistimiento suele ir siempre acompañado de la correspondiente indemnización, existen casos en los que es absolutamente gratuito (arts. 1736 y 1776 C.c.). De este modo, cada caso de desistimiento legal tendrá unas normas concretas establecidas por el legislador, lo que no impide que existan rasgos comunes.

¹⁷¹ GARCÍA VICENTE, J.R.: “Comentario al artículo 79”, pág. 876.

¹⁷² Dicha discrecionalidad no debe ser entendida en términos absolutos, hasta el punto de legitimar verdaderos abusos, sino que ha de considerarse sujeta a los límites derivados de los principios generales, reconocibles principalmente en el compromiso de tener un comportamiento contractual en línea con el deber general de la buena fe.

- Irrenunciabilidad: Por otra parte, hay características que solamente son aplicables al desistimiento en el ámbito del consumo: por ejemplo, la irrenunciabilidad. Ella se deduce del art. 10 TR 2007 según el cual «la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil».

V. El problema del desistimiento en el contrato de hospedaje.

Como ya hemos adelantado, el consumidor de un contrato de hospedaje se encuentra con un obstáculo a la hora de poder ejercitar la facultad de desistir tal y como viene contemplada en los arts. 102 y ss. TR. En este sentido, el art. 103 l) TR dice textualmente que el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a «el suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos»¹⁷³.

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

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

¹⁷³ Obviamente, cuando estamos ante un contrato de hospedaje no contratado a distancia, dichos artículos tampoco serán de aplicación. Esta vez, no por la exclusión del art. 103 l), sino porque los arts. 102 y ss. solamente están pensados para casos de contratación a distancia o para contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil.

Así las cosas, parece que el legislador lo tiene claro: aquel consumidor que contrate a distancia un servicio de alojamiento no podrá acudir a los preceptos que regulan el derecho de desistimiento -arts. 102-108 TR-, siempre que el empresario se haya comprometido al celebrar el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto.

Ahora bien, esta afirmación no puede llevarnos a equívocos: el art. 103 l) TR no excluye la posibilidad de desistir en el contrato de hospedaje, sino que lo que hace, y no solamente en beneficio del establecimiento hotelero, sino como veremos a continuación también en beneficio del consumidor, es excluir la aplicación del régimen contenido en los artículos 102 y ss. Por tanto, no es el desistimiento en sí, sino las características que éste presenta en los preceptos mencionados lo que lleva al legislador a ser partidario de la exclusión.

a. Fundamento de la exclusión.

Dicho esto, es el momento oportuno para sentar las bases sobre la *ratio* de la referida exclusión: ¿Qué razones son las que fundamentan que el art. 103 l) TR no reconozca al consumidor de un contrato de alojamiento atenerse a los preceptos que regulan el derecho de desistimiento en los contratos a distancia, esto es, a los arts. 102 a 108 TR? En este sentido nos preguntamos lo siguiente: ¿es realmente la protección que merece el establecimiento hotelero lo que lleva al legislador a descartar la aplicación de los mencionados artículos, o existen otros motivos que resultan claves a la hora de fundamentar la exclusión?

Pues bien, en un principio, parece que la mayor parte de nuestra doctrina está de acuerdo en afirmar que la razón de ser de la exclusión se encuentra en estar en presencia de contratos sometidos a término esencial, es decir, contratos que comienzan un día concreto a petición del acreedor; contratos, en definitiva, cuyo no cumplimiento por motivos discrecionales del consumidor, imposibilitaría o dificultaría en exceso la posibilidad del empresario de cubrir las noches ya contratadas con el cliente que ahora desiste¹⁷⁴. Según dicho sector doctrinal, con la única finalidad de proteger al empresario, el texto refundido decide, en su art. 103 l), excluir de manera expresa la posibilidad de desistir de un contrato de alojamiento contratado a través de una técnica de comunicación a distancia conforme a los arts. 102 y ss. RD1/2007. Así, «se pretende

¹⁷⁴ Realmente, dicho perjuicio solamente tiene lugar en aquellos casos en los que el hotel está completo.

compatibilizar la necesaria protección de los intereses y derechos de los consumidores cuando utilicen medios de comunicación a distancia, con la de los intereses de los prestadores de algunos servicios, a fin de que éstos no sufran los desproporcionados inconvenientes derivados de la anulación sin gastos no justificada de servicios que hayan dado lugar a una reserva» Por este motivo, la exclusión del derecho de desistimiento en este caso se impone como razonable¹⁷⁵.

Sin embargo, no creemos que esta sea la razón que fundamenta la exclusión¹⁷⁶. La exclusión de la aplicación de los artículos 102 a 108 TR al contrato de hospedaje debe tener una lectura positiva para el cliente, máxime si consideramos que el texto refundido es una norma protectora de los consumidores: así, si el contrato de hospedaje no estuviera excluido del derecho de desistimiento, tal y como viene éste configurado en los artículos citados, el período de catorce días naturales empezaría a computarse desde el momento de la celebración; esto resultaría un verdadero inconveniente para todos aquellos clientes que contratan el alojamiento con bastante tiempo de antelación, quienes verían obstaculizada su posibilidad de desistimiento dos semanas después de celebrado el contrato. Así las cosas, la exclusión tiene lógica también para el huésped: el cliente que contrata un servicio de alojamiento con un tiempo de antelación considerable no dispondrá del estricto plazo de catorce días naturales para desistir del contrato con el que cuentan los consumidores de un servicio no afectado por la exclusión.

Además, si el art. 103 l) no excluyera a los contratos de suministro de servicios de alojamiento de lo dispuesto en los arts. 102 y ss., el derecho de desistimiento del consumidor tendría que ser siempre y en todo momento gratuito, sin permitir al establecimiento la imposición de ningún tipo de penalización en caso de ejercicio del derecho -ni tan siquiera si se ejercita horas antes de que comience a ejecutarse el

¹⁷⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Comentario al artículo 93 TRLGDCU”, págs. 1210 y 1211. Entre los autores italianos, los argumentos utilizados como fundamento de la exclusión son prácticamente idénticos. Acordar un derecho de desistimiento en estos casos podría impedir ofrecer el mismo servicio para la misma fecha a otros consumidores. En este sentido, RUVOLO sostiene que la *ratio* de la exclusión se encuentra en no perjudicar de forma desproporcionada a los sujetos que efectúan servicios con reserva y que como consecuencia tienen ya predispuestos los medios y materiales para la ejecución del servicio. Dicho fundamento justificaría que los consumidores de dichos servicios cuenten con menores garantías que otros consumidores que igualmente contratan a distancia. “I contratti a distanza”, pág. 308.

¹⁷⁶ Además, la conclusión a la que más tarde llegaremos, y que, anticipo, posibilita el ejercicio gratuito del derecho de desistimiento en el contrato de hospedaje por integración de los usos, sería absurda si el fundamento de la exclusión fuera la protección del empresario y no del huésped.

contrato-. Sin embargo, el ejercicio gratuito del derecho de desistimiento -en los casos en los que el momento de ejecución del contrato es inminente- conllevaría grandes perjuicios para el empresario hostelero, para quien podría resultar prácticamente imposible volver a negociar las noches ya contratadas con el cliente que ahora desiste¹⁷⁷.

Por último, a todo lo dicho hasta ahora se añade que la no exclusión de la aplicación de los arts. 102 y ss. TR al hospedaje daría lugar a una situación cuanto menos desconcertante, puesto que nos encontraríamos frente a un panorama en el que aquellos que contratan el hospedaje en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional podrían acogerse a dichos preceptos, mientras que aquellos huéspedes que no tienen la condición de consumidor en el sentido del art. 3 RD 1/2007 no podrían hacerlo.

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

b. Alternativas para el huésped.

Llegados a este punto, y quedando claro tanto lo que se excluye -aplicación de los arts. 102 a 108 TR-, como el fundamento de dicha exclusión, nos preguntamos si existen vías distintas a las que el huésped pueda acudir en caso de que quiera desvincularse del contrato celebrado con el hostelero.

Sin embargo, antes de hacer referencia a las distintas alternativas, al ser el desistimiento un derecho de carácter excepcional, hay que buscar un fundamento que permita aplicarlo al contrato de hospedaje. En este sentido, el fundamento pensamos que es el mismo que la doctrina atribuye para defender la existencia de la figura del desistimiento en el contrato de obra -1594 C.c.- y en el contrato de viaje combinado -art. 160 TR-¹⁷⁸: igual que la obra se lleva a cabo en interés del comitente, el hospedaje se lleva a cabo en interés del usuario, y por eso, debería éste poder decidir sobre su realización, debiendo el hostelero soportarlo.

¹⁷⁷ Aunque con este argumento se protege al empresario, creemos que el fundamento de la exclusión radica principalmente en proteger a la parte débil de la relación jurídica.

¹⁷⁸ BELUCHE RINCÓN, I.: “La deficiente protección...”, pág. 11.

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

- a) Desistimiento convencional: Esta opción resulta evidente. De hecho, en la práctica con frecuencia podrá el huésped acogerse a ella. Así, resulta habitual que el establecimiento hotelero, pese a la exclusión realizada por el art. 103 l) TR, configure su propio derecho de desistimiento. En este sentido, la mayor parte de los hoteles disponen de unas políticas de cancelación que contemplan el desistimiento previo a la fecha en la que se inicia la ejecución del contrato¹⁷⁹. Esta facultad de desistir que se le atribuye al cliente nace, no de la ley, sino de la autonomía de la voluntad del empresario y, como es lógico, participará de unas características distintas a las establecidas en los arts. 102 a 108 TR. De este modo, es común que el empresario establezca un derecho de desistimiento cuyo ejercicio pueda llevarse a cabo en espacios temporales distintos a los marcados por el art. 104 TR. Por tanto, en todos aquellos supuestos en los que el hotel prevea un desistimiento convencional, el cliente podrá desistir; ahora bien, deberá ejercitar la facultad respetando las pautas establecidas por el establecimiento hotelero que, por sentido común, insistimos, diferirán de lo dispuesto por los preceptos anteriormente señalados -arts. 102 y ss. TR-.

- b) Los usos: Como acabamos de establecer en el párrafo anterior, es una práctica habitual que el establecimiento hotelero permita al cliente desistir del contrato en cualquier momento anterior a su comienzo sin imponerle indemnización¹⁸⁰, salvo que otra cosa distinta se disponga en la información precontractual¹⁸¹. Tan frecuente ha sido dicha práctica a lo largo del tiempo que puede ser considerada como un uso. De esta forma, a falta de pacto entre las partes sobre el ejercicio

¹⁷⁹Cada vez con más frecuencia los hoteles contemplan la posibilidad de desistir incluso una vez comenzado el alojamiento sin que ello afecte a las noches ya disfrutadas.

¹⁸⁰ En el supuesto de que el derecho de desistimiento pretenda ser ejercitado por el huésped una vez comenzado el contrato, se plantea la cuestión de si el cliente debe o no abonar la cantidad referida a todas las noches no disfrutadas como consecuencia del ejercicio de su derecho. En este sentido, la SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2003 condena al establecimiento a devolver aquella suma que pudiera corresponderle, pues admite que pudo causar algún tipo de molestia o incomodidad en las previsiones negociales del posadero; de este modo, incluso en tales casos, en los que el derecho se ejercita habiendo comenzado el contrato, se opta por devolver al cliente parte del precio abonado.

¹⁸¹ En la práctica también existen hoteles que permiten el desistimiento absolutamente gratuito solamente si es ejercitado antes de que comiencen las 48 o 24 horas inmediatamente anteriores al momento exacto en el que comenzaría a ejecutarse el contrato. Si el desistimiento se produce durante ese periodo de tiempo, se suele exigir al huésped el pago de un importe en concepto de indemnización.

del derecho de desistimiento, el contrato se integra con el uso, que reconoce al huésped la posibilidad de desistir. Esto es así debido a que en el sector turístico se ha generalizado la concesión al huésped de un derecho de desistimiento.

- c) El artículo 160 TR¹⁸²: No se debe dar por finalizado este epígrafe sin antes hacer mención al art. 160 TR. Este precepto regula el derecho de desistimiento en el contrato de viaje combinado, y aunque ha sido redactado para dar solución a los problemas que se derivan de dicho contrato, la estructura que en él presenta el derecho de desistimiento nos lleva a pensar si su aplicación es igualmente viable para el contrato de hospedaje. Llegar a una conclusión afirmativa con respecto a lo que se plantea sería tanto como afirmar que existe un desistimiento legal reconocido para el huésped. Por tanto, con el propósito de profundizar sobre su posible aplicación en el contrato objeto de estudio, pasaremos a analizar el contenido del precepto.

- Análisis del art. 160 TR.

Sentado lo anterior, la pregunta a la que nos toca responder en estos momentos es la que sigue: ¿Cómo se articula la facultad de desistir en este precepto y cómo se aplicaría al hospedaje? ¿Qué argumentos nos sirven para sostener su aplicación en el contrato objeto de estudio? En este sentido, veremos cómo las dos cuestiones a las que hacíamos referencia en páginas anteriores, y que de alguna manera caracterizan el derecho de desistimiento contemplado en los arts. 102 a 108 TR -estrictos plazos de

¹⁸² El art. 160 TR dice así: «En todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor:

- a) Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 por ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por ciento entre los días tres y diez, y el 25 por ciento dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida. De no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido.
- b) En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques o tarifas especiales, los gastos de cancelación se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes».

ejercicio y gratuidad-, son tratadas de manera muy distinta por el precepto que nos ocupa¹⁸³. Esto nos permite de algún modo dar un paso más hacia su posible aplicación.

Como ya se ha señalado anteriormente, la exclusión realizada por el art. 103 l) TR solamente atañe a los arts. 102 y ss. TR, debido a que estos preceptos regulan un derecho de desistimiento que no casa con nuestro contrato; ahora bien, esto no quiere decir que la exclusión tenga por finalidad privar al huésped de su posibilidad de desistir, lo cual puede resultar viable siempre y cuando se le aplique un precepto que, *como parece ser el art. 160 TR*, reúna las condiciones adecuadas para ello.

En primer lugar, lo primero que advertimos con la lectura del artículo es la ausencia de gratuidad en todos aquellos casos en los que el consumidor pretenda ejercitar su derecho de desistimiento dentro de los quince días inmediatamente anteriores a la fecha en la que efectivamente comenzaría el contrato. Por tanto, la facultad de desistir presenta características diversas según el momento en el que se ejercita por el consumidor; de este modo, las consecuencias derivadas de un desistimiento tardío, y por lo tanto próximo en el tiempo a la fecha de inicio del viaje, resultarán más severas que aquellas que se derivan para el consumidor que ejercita su facultad en un espacio temporal alejado de la fecha en la que comienza a ejecutarse el contrato. Veamos:

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

¹⁸³Parte de la doctrina utiliza precisamente esta distinción entre ambos tipos de desistimiento para afirmar que la facultad que atribuye al consumidor el art. 160 TR relativa a *dejar sin efecto los servicios solicitados* no es estrictamente derecho de desistimiento, al no poderse ejercitar de forma gratuita. En nuestra opinión, sin embargo, el hecho de que el ejercicio de la facultad vaya acompañado de unas penalizaciones no significa en ningún caso no estar ante un verdadero derecho de desistimiento, sino simplemente encontrarnos ante una clase de desistimiento que presenta características diversas a las contempladas en los arts. 102 a 108 TR.

- b) Ejercicio de la facultad *dentro* de los quince días anteriores a la fecha en la que comenzaría a ejecutarse el contrato: en tales supuestos, el legislador establece unas penalizaciones que van variando en función de la antelación con la cual el consumidor deje sin efecto el contrato. Estas penalizaciones, que tan criticadas han sido por un sector doctrinal¹⁸⁴, son las que a nuestro parecer sirven para equilibrar las posiciones de las partes y las que mitigan los daños que el empresario puede sufrir como consecuencia del ejercicio del derecho. De este modo, tal y como establece el propio art. 160 TR el cliente abonará «una penalización consistente en el 5 por ciento del importe total del viaje, si la cancelación se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por ciento entre los días tres y diez, y el 25 por ciento dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida».
- c) La falta de aviso por parte del consumidor: el art. 160 TR también contempla la posibilidad de que el cliente no se presente a la salida del viaje. Para estos casos, dice el precepto, «el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido». Traducido al hospedaje significa lo siguiente: todo cliente de un servicio de alojamiento que sin previo aviso no haga uso de los servicios contratados, debería satisfacer el importe total del alojamiento, a no ser que su ausencia se deba a un supuesto de los considerados como casos de fuerza mayor o exista acuerdo en sentido contrario entre las partes.

Al margen de las tres hipótesis estudiadas, merece una especial referencia el análisis de los casos en los que la decisión del consumidor viene condicionada por un supuesto de fuerza mayor. De este modo, el propio art. 160 TR establece que «en todo momento el consumidor y usuario podrá dejar sin efecto los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se

¹⁸⁴ Sobre la justicia de estas penalizaciones se pronuncia BELUCHE RINCÓN, para quien «la indemnización fijada en el art. 160 del TRLGDCU, y con anterioridad en el art. 9.4 LVC, era y es (...) una previsión inadmisibles para el usuario, al que la norma en teoría pretende dotar de una mayor protección». “La deficiente protección...”, pág. 11.

indican, *salvo que tal resolución tenga lugar por causa de fuerza mayor*»¹⁸⁵. Es decir, aun en los casos en los que el cliente no se presente a la salida, no tendría que abonar ningún tipo de indemnización si su decisión viniera fundamentada por un supuesto de fuerza mayor.

En segundo lugar, como podemos advertir de lo dicho hasta el momento, los plazos de los que dispone el consumidor de un contrato de viaje combinado para ejercitar el derecho de desistimiento casan mejor con el contrato de hospedaje que los plazos dispuestos por el art. 104 TR, los cuales parecen estar pensados para un contrato de compraventa. Estamos ante plazos de ejercicio lógicos que tienen en cuenta la naturaleza del servicio ofertado.

- Inconvenientes de la aplicación de este precepto al hospedaje.

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

En primer lugar, como previamente hemos establecido, el desistimiento es una figura de carácter excepcional, para cuyo ejercicio es imprescindible que la ley lo contemple -desistimiento legal-, o bien que las partes lo prevean en el contrato -desistimiento convencional o también llamado desistimiento contractual-. Este planteamiento nos lleva inevitablemente a una consecuencia: jurídicamente no es viable la aplicación analógica de todos aquellos preceptos que contemplen la posibilidad de

¹⁸⁵ Conviene tener en cuenta que no estamos hablando de la fuerza mayor como causa impeditiva del cumplimiento, «pues no se trata de que el consumidor no pueda pagar el precio, sino de la fuerza mayor como *causa que le impide aprovechar la prestación de la contraparte* (...) Así, el desistimiento quedaría justificado por causa de fuerza mayor cuando, después de reservado el viaje, sobreviene una circunstancia ajena al consumidor, imprevisible para él al momento de contratar y de consecuencias inevitables pese al empleo de toda la diligencia exigible, que determina su pérdida de interés en realizar el viaje aún posible». De este modo, el papel de la fuerza mayor «no es justificar el incumplimiento por parte del consumidor sino justificar su falta sobrevenida de interés en participar en el viaje por imposibilidad de aprovecharlo o disfrutarlo con sentido». Dicha circunstancia imprevisible e inevitable que le impide al consumidor participar en el viaje puede ser de orden estrictamente personal. GÓMEZ CALLE, E.: *El contrato de viaje...*, págs. 202 y ss.

desistir, puesto que, como sabemos, el art. 4.2 C.c. prohíbe la aplicación analógica de las normas excepcionales¹⁸⁶.

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

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

Al margen ya del análisis de este precepto, la conclusión a la que nos lleva el estudio del desistimiento en el ámbito del contrato de hospedaje es la siguiente: en todos aquellos casos en los que no se pacte por las partes un desistimiento convencional, el huésped tiene un derecho de desistimiento fundado en los usos, y a este desistimiento, por cuanto que no tiene un origen legal, no le son aplicables las normas del Texto refundido sobre la figura.

¹⁸⁶ La razón de ser de que se excluya la aplicación analógica de las leyes excepcionales es que éstas constituyen *ius singulare* que, por implicar una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas, en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atendido a la norma general. Así se expresa la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, cuyo criterio sigue teniendo vigencia en nuestros días. Sin embargo, este obstáculo puede ser salvado si consideramos que el hospedaje queda contemplado en el art. 160 TR. Esto sería tanto como afirmar que no existe laguna legal, o lo que es lo mismo, que en estos casos existe desistimiento legal. De este modo, el contenido del art. 160 TR sería más amplio que el derivado de su tenor literal, siendo viable contemplar el hospedaje dentro de su regulación.

CAPÍTULO V. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

I. Contenido del contrato.

Antes de establecer cuáles son, en concreto, los efectos del incumplimiento de cada una de las obligaciones derivadas de este contrato, conviene dedicar unas páginas a perfilar en qué consisten las obligaciones de las partes, con el único fin de determinar el contenido de aquello que puede ser objeto de incumplimiento.

I.I. Obligaciones del establecimiento hotelero.

a) Consideraciones previas.

Como sabemos, el contrato de hospedaje es un contrato atípico, por lo que la autonomía de la voluntad de las partes desempeña un papel fundamental a la hora de establecer su contenido, el cual quedará integrado no solamente por lo estrictamente pactado, sino también -tal y como se dispone en el artículo 1258 C.c.- por todas aquellas consecuencias que, según la naturaleza del contrato, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Por otra parte, en la práctica, su contenido aparece reflejado en la oferta, promoción o publicidad del servicio; de este modo, el artículo 61.2 RD 1/2007 establece que «el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado», a no ser que el contrato contuviese cláusulas más beneficiosas; en tales supuestos, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

Dicho esto, las numerosas obligaciones del hostelero durante la vigencia del contrato de hospedaje consisten todas ellas en prestaciones de hacer encaminadas a satisfacer los intereses del huésped. Así, en el contrato de hospedaje nos encontramos, por una parte, con la obligación de mantener al huésped en el uso pacífico de la

habitación durante el tiempo pactado, lo que implica, como es lógico, una previa obligación de entregar la habitación al cliente¹⁸⁷ y, por otro lado, con el deber de proporcionar los servicios a los que viene obligado el hostelero durante la vigencia del contrato, tales como garantizar la seguridad y tranquilidad del viajero, la limpieza de las habitaciones, la limpieza de ropa, proporcionar los servicios ofertados (televisión, internet, piscina, sauna, gimnasio, minibar, calefacción...), la custodia de los efectos personales del cliente¹⁸⁸, la manutención, cuidar el buen funcionamiento de todas las dependencias e instalaciones, así como el deber de informar al cliente durante la vigencia del contrato. En definitiva, se pretende que se lleven a cabo los servicios en los términos contratados, de acuerdo con la categoría del establecimiento y con lo dispuesto en las diversas reglamentaciones de las actividades turísticas.

b) Obligaciones del hostelero: ¿de medios o de resultado?

Quizá sea la identificación entre obligaciones de medios y contrato de servicios así como entre obligaciones de resultado y contrato de obra, una de las afirmaciones que más ha repetido la doctrina a lo largo de los últimos tiempos. Tanto es así que dicha tendencia doctrinal llegó a influir asimismo en las tendencias legislativas, hasta el punto de que la iniciativa de reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y de obras -Proyecto de Ley 123/0004-BOG, de 12 de abril de 1994-, consideró de forma principal la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado. La Exposición de Motivos explica que «la reforma contiene un concepto de cada uno de estos contratos, para el cual se utiliza la distinción -ya firmemente consagrada en la doctrina y la jurisprudencia, entre las obligaciones de actividad, también llamadas de medios o de diligencia, y las obligaciones de resultado. En el contrato de servicios se promete una actividad de prestación en cuanto tal, mientras que en el contrato de obra se asume la obligación de producir un resultado-». Además, dichas ideas están desarrolladas en la regulación del Proyecto: así, el art. 1583 dice que en el contrato de servicios, «una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad en sí misma considerada y no por su resultado»; por su parte, el art. 1588 dispone que en el contrato de obra el contratista se obliga a ejecutar

¹⁸⁷ No obstante, como ya hemos señalado en capítulos anteriores, dicha entrega no implica la imposibilidad de calificar el contrato de hospedaje como un contrato de servicios.

¹⁸⁸ De esta obligación se hace un estudio detenido en el capítulo referido a la responsabilidad del hostelero en el Código Civil.

determinada obra a cambio de la prestación convenida, o, en su defecto, de la que resulte de los usos, entendiendo por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la obtención de cualquier otro resultado convenido por las partes¹⁸⁹.

Sin embargo, el estudio del contrato de hospedaje nos lleva, como comprobaremos seguidamente, a conclusiones distintas, en todo caso alejadas de esta simplificación. Por tanto, se tratará en este epígrafe de destruir el binomio formado por contrato de servicios/obligaciones de medios, y demostrar cómo un contrato como el que nos ocupa está compuesto únicamente por obligaciones de resultado, pese a su calificación como contrato de servicios, no siendo necesario de este modo acudir a la calificación del hospedaje como contrato de obra por no concurrir en él obligaciones de medios.

- Concepto e ideas generales.

La diferenciación entre las obligaciones de actividad y de resultado ha ocasionado un sinfín de debates doctrinales, siendo innumerables los problemas que suscita la configuración del régimen jurídico de ambos tipos de obligaciones.

El origen de la diferenciación, pese al intento de algún autor de situarlo en el Derecho romano¹⁹⁰, adquiere relevancia con DEMOGUE, quien propone diferenciar las obligaciones, atendiendo a la naturaleza de la prestación, en obligaciones de medios y obligaciones de resultado¹⁹¹.

¹⁸⁹ JIMÉNEZ HORWITZ, M.: “La distinción entre los contratos...”, pág. 560. Sin embargo, el Proyecto de 1994 no vio la luz parlamentaria, por lo que los problemas de la actual regulación civil no solamente se mantienen sino que se incrementan con el paso del tiempo. RODRÍGUEZ MARÍN, C.: “La nueva Propuesta...”, pág. 299.

¹⁹⁰ MAZEAUD, H.: “Essai de classification des obligations...”, págs. 25 y ss.

¹⁹¹ *Traité des obligations...*, págs. 538 y ss. Pese a ello, siempre han existido autores que no se han mostrado partidarios de la distinción. De este modo, para MARTON, todas las obligaciones son de resultado. «Lo que se llama obligaciones de medios no son sino obligaciones en las que el objeto se ha precisado estrechamente, mediante un resultado fragmentario, por una tarea parcial tocante a un objeto más extenso que, sin embargo, ha quedado fuera de la obligación». Toda prestación busca la consecución de un resultado capaz de satisfacer el interés del acreedor. “Obligations de résultat...”, págs. 517 y ss. En sentido opuesto PLANQUEL, quien considera que todas las obligaciones pueden ser calificadas como obligaciones de medios. El deudor no promete nunca un resultado, salvo en los casos, rarísimos, en que acepta ser garante de cualquier suceso constitutivo de fuerza mayor». “Obligations de moyens...”, págs. 335 y ss. Una postura intermedia es defendida por JORDANO FRAGA, para quien en las prestaciones de hacer siempre serán distinguibles los casos en que el fin-resultado se incorpora a la prestación, de aquellos otros en que no se incorpora a la prestación. “Obligaciones de medios...”, págs. 13 y ss.

En líneas generales, se entiende por obligación de mera actividad -o también llamada obligación de medios-, aquella obligación que consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida en todo caso a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor. El deudor, a través de una actuación diligente, pondrá todos los medios que posibiliten al acreedor obtener el resultado pretendido. Sin embargo, dicho resultado no formará parte de la prestación, no está *in obligatione*¹⁹².

Por el contrario, las obligaciones de resultado son aquellas en las que el deudor no solamente está obligado a desarrollar una actividad diligente, siendo asimismo imprescindible que logre el resultado pretendido por su acreedor. En este tipo de obligaciones, el logro del interés primario del acreedor sí se incluye en la prestación del deudor¹⁹³.

De estas definiciones se desprende tanto la nota común como la nota distintiva entre ambos tipos de obligaciones. Así, en cualquier vínculo obligatorio el acreedor tendrá interés en el cumplimiento de la obligación; sin embargo, solamente en las obligaciones de mera actividad el resultado no se incorpora a la prestación. En estos casos el deudor cumple desarrollando únicamente una conducta diligente.

- Criterios para la diferenciación.

Si lo que realmente diferencia una obligación de medios de una obligación de resultado es la exigencia en la consecución del resultado pretendido por el acreedor, será necesario desarrollar cuáles son los criterios que la doctrina ha venido utilizando para determinar en qué casos el acreedor no puede exigir el resultado debido, aunque su interés en el cumplimiento de la prestación no decaiga. Así, para determinar si una obligación es de medios o de resultado, habrá que atender especialmente a las siguientes consideraciones:

- 1) En primer lugar, habrá que atender a la voluntad de las partes contratantes. De este modo, la autonomía de la voluntad se establece como criterio básico para configurar la obligación como de medios o de resultado¹⁹⁴.

¹⁹² LOBATO GÓMEZ, J.M.: “Contribución al estudio de la distinción...”, pág. 653.

¹⁹³ En terreno práctico son obligaciones de mera actividad las del médico o el abogado, mientras que la obligación del contratista de obra o la del transportista son obligaciones de resultado. Así, JORDANO FRAGA, F.: “Obligaciones de medios...”, págs. 7 y ss.

¹⁹⁴ Si las partes configuran la obligación como de medios, se beneficia notablemente al deudor, ya que no tendrá que garantizar la satisfacción del interés primario del acreedor, y cumple correctamente con llevar

2) Sin embargo, en la práctica es muy probable que las partes no precisen si la obligación es de medios o de resultado, por lo que conviene proponer un criterio válido que sirva de soporte a la distinción. Son muchos los criterios que la doctrina ha utilizado con este fin; así, la situación de las partes, el papel activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento, la mayor o menor determinación de la prestación prometida, el sistema de imputación del riesgo, el recurso a la equidad o la naturaleza de la obligación, son algunas de las pautas que han servido a la hora de calificar la obligación. Sin embargo, no es menester detenerse en ninguno de ellos, sino solamente en el que consideramos que se trata del único criterio válido, esto es, el carácter aleatorio del resultado. De este modo, únicamente cuando la consecución del resultado depende de factores que el deudor no controla ni domina, la obligación será calificada como de medios. Por tanto, no es correcto afirmar que en las obligaciones de actividad no existe resultado, solamente que este resultado -de curar al paciente o ganar el juicio- no es jurídicamente exigible debido a que depende de factores ajenos al deudor. Es esta la razón que lleva al legislador a exonerarlo de responsabilidad siempre que actúe diligentemente¹⁹⁵.

Dicho esto, no cabe la menor duda de que las obligaciones impuestas al establecimiento hotelero no reúnen las características de una obligación de medios, y ello por varios motivos:

- Las prestaciones de servicios que oferta un hotel, lejos de ser jurídicamente inexigibles -y ésta es la verdadera razón por la que estamos ante obligaciones de resultado-, no encuentran obstáculo alguno, dejando al margen los riesgos generales de la vida, para ser satisfechas. No solamente no dependen de factores ajenos al deudor, contando éste con todos los medios necesarios para su satisfacción, sino que tampoco existe, como en cambio sí ocurre en el caso del médico que debe curar al paciente o en el caso del abogado que pretende ganar el juicio, ninguna *fuerza que luche por el objetivo contrario*.

a cabo una actividad diligente; ahora bien, si la obligación se configura como de resultado, la posición jurídica del deudor se agrava considerablemente, puesto que soportará el riesgo de tener que alcanzar el resultado previsto por el acreedor. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad...*, pág. 39.

¹⁹⁵ Sobre el criterio del *alea*, LOBATO GÓMEZ, J.M.: “Contribución al estudio de la distinción...”, pág. 702. Por su parte, FROSSARD establece que el principal problema que plantea el criterio del azar es el de distinguir en la práctica las obligaciones realmente aleatorias (de medios) de las que presentan un riesgo normal, presente en todo contrato. *La distinction des obligations...*, págs. 135 y ss.

- En una obligación de medios la diligencia significa cumplimiento; en cambio, el hostelero no cumple alegando simplemente un actuar diligente, siendo necesario que obtenga los resultados pretendidos por el huésped, esto es, que todos los servicios ofertados se presten satisfactoriamente.
- Por lo que paga el cliente y lo que promete el establecimiento hotelero es el resultado de la actividad -que los efectos del cliente no sufran daños, que efectivamente se garantice la tranquilidad de los huéspedes, que los servicios funcionen adecuadamente...-, siendo insuficiente el desarrollo de la actividad misma.
- En la prestación del hotel se incluye el logro del interés primario del acreedor, algo que no ocurre en las obligaciones de medios.

Por todo ello, resulta lógico atribuir a cada una de las obligaciones del hostelero la calificación de obligaciones de resultado.

- Destrucción del binomio obligaciones de medios/contrato de servicios.

Con lo establecido hasta el momento, ya sabemos cuándo nos encontramos ante una obligación de medios y cuándo nos hallamos ante una obligación de resultado. Esto nos ha servido para llegar a la conclusión de que en un contrato como el de hospedaje no es viable hablar de obligaciones de mera actividad; sin embargo, nos encontramos con un obstáculo importante: la doctrina ha repetido continuamente que no es posible estar en presencia de un contrato de servicios y a su vez ante obligaciones de resultado¹⁹⁶; por ello, en este apartado se tratará de analizar cuál es el origen de la identificación inidónea entre contrato de servicios y obligaciones de medios, así como cuáles son las vías para destruir lo que consideramos una fusión inapropiada de conceptos.

¹⁹⁶ En este sentido establece CABANILLAS SÁNCHEZ, entre otros, que «el arrendatario de servicios está vinculado por una obligación de actividad. En el arrendamiento de servicios el arrendatario promete la prestación de los servicios en sí mismos considerados, si bien es verdad que los presta en interés del acreedor, es decir, para satisfacer el interés primario del mismo, que es el resultado útil de la actividad desarrollada. No obstante, si tal *resultado* no se logra, a pesar de haber actuado con diligencia el arrendatario, no existirá, en rigor, incumplimiento de la obligación». *Las obligaciones de actividad...*, pág. 95. Del mismo modo se pronuncia la jurisprudencia. Así, entre otras muchas, la STS de 28 de noviembre de 1984; STS de 29 de mayo de 1987; STS de 25 de mayo de 1988 y STS de 25 de mayo de 1998.

Para desmontar la teoría según la cual un contrato de servicios solamente puede contener obligaciones de medios, basta con acudir al origen de la inadecuada identificación.

A tal fin, si observamos el art. 1544 C.c., éste establece lo siguiente: «en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto». Pues bien, el análisis de dicho precepto dio lugar a que desde un principio el *arrendamiento* de servicios se asimilara a prestaciones que ciertamente están compuestas por obligaciones de mera actividad: nos referimos tanto a los servicios prestados por profesionales liberales como el médico, el arquitecto o el abogado¹⁹⁷, como a servicios que se prestan en concepto de trabajo, cuando dichos servicios no son absorbidos por la normativa laboral, porque no gozan de las características del contrato laboral de forma plena.

En ambos casos estamos ante obligaciones de medios en las que, a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones de resultado, el logro del interés primario del acreedor no queda incluido en la prestación del deudor, y en las que el contenido de la prestación de hacer se agota con el simple desarrollo de la actividad o conducta diligente. Tanto en el primer caso como en el segundo, el carácter aleatorio del resultado imposibilita que éste sea jurídicamente exigible, al depender de factores ajenos al deudor. Así, el médico no puede garantizar la curación del paciente, ni el abogado la victoria en el juicio. Tampoco un trabajador puede garantizar que el resultado pretendido por el empresario sea el esperado, puesto que probablemente dicho resultado dependa de muchos más factores que nada tienen que ver con su trabajo. En todos estos casos las obligaciones son efectivamente de actividad, siendo este el principal motivo

¹⁹⁷ Entre otras, la STS de 7 de febrero de 1990, perfila la obligación del médico como una obligación de medios: «no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico». Del mismo modo la STS de 25 de abril de 1994, según la cual «a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica -insuficientes para la curación de determinadas enfermedades-, y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado -el de la curación del paciente- que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios».

por el cual una gran parte de la doctrina ha mantenido la conexión entre obligaciones de medios y contrato de servicios.

Pero esta argumentación deja fuera del campo de aplicación del contrato de servicios todas aquellas prestaciones que los empresarios llevan a cabo a favor de sus clientes¹⁹⁸, y que en ningún caso dependen de factores ajenos a su voluntad de cumplimiento, entre ellas las prestaciones hoteleras que el establecimiento desarrolla a favor del huésped. También estos supuestos encajan en el art. 1544 C.c. Sin embargo, en estos casos ya no estamos ante obligaciones de medios, al no depender el resultado de circunstancias extrañas a la voluntad del deudor, es decir, al no depender aquél de factores aleatorios. Por tanto, el cliente podrá exigir el resultado pretendido, no teniendo que conformarse con que el empresario sea diligente en su actuación.

Así las cosas, parece haberse llegado a justificar lo que se pretendía: las obligaciones de hacer que el hostelero realiza durante la vigencia del contrato de hospedaje son todas ellas obligaciones de resultado perfectamente introducidas en un contrato de servicios. Y ésta es también la tendencia predominante en el Derecho europeo, lo cual se desprende de los textos comunitarios, que son cada vez más proclives a englobar dentro del contrato de servicios obligaciones de resultado. De este modo, atrás va quedando el planteamiento imperante hasta ahora, que se encargaba de relacionar el contrato de servicios únicamente con obligaciones de mera actividad.

Si nos centramos en el análisis del DCFR, el art. IV.C 2:106, ubicado en la parte general, y por tanto aplicable a todos los contratos de servicios, establece lo siguiente en su apartado primero: «el prestador de un servicio debe alcanzar el resultado específico pactado, o previsto por el cliente en el momento de la perfección del contrato». Esta norma deja poco margen a la interpretación: la obligación de obtener un resultado se asienta como rasgo definitorio del contrato de servicios. El prestador del servicio debe obtener el resultado específico con el cual se logra el interés primario del acreedor. Así,

¹⁹⁸ El Código Civil desarrolla la regulación del *arrendamiento de obras y servicios* en dos secciones. La sección primera, bajo el título *del servicio de criados y trabajadores asalariados*, establece una regulación del *arrendamiento de servicios* que se refiere a la *despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados*. «Fácilmente se puede comprender que una regulación de estas características no puede ordenar de forma adecuada las relaciones modernas entre *un profesional y el cliente*». JIMÉNEZ HORWITZ, M.: “La distinción entre los contratos...”, pág. 554.

en todos aquellos casos en los que el resultado no se obtenga, existirá falta de conformidad¹⁹⁹.

Como acertadamente sostiene nuestra doctrina más reciente, la aplicación de este planteamiento a las obligaciones de hacer «inclina a los autores del DCFR a procurar la objetivación del sistema de responsabilidad contractual e, incluso, a pretender convertir, en todo caso, la prestación del agente en una obligación de resultado»²⁰⁰. De este modo, se persigue «como mínimo, difuminar la tradicional distinción entre obligaciones de medios y de resultado, que conducía, en ocasiones, a la noción subjetiva de incumplimiento y que ha permitido identificar la obligación de hacer con la propia diligencia y pericia exigible al prestador del servicio (...), pero nunca con una garantía objetiva de obtención de un resultado»²⁰¹.

Concluyendo, parece ser que en un breve espacio de tiempo se ha pasado de la tradicional distinción entre obligaciones de mera actividad y de resultado, a la consideración de que todo prestador de servicios debe proporcionar el resultado pretendido por su acreedor; de este modo, el esquema conceptual clásico que ha imperado entre nuestra doctrina, encargado de relacionar los servicios con obligaciones de medios, y el contrato de obra con obligaciones de resultado, deja paso a una nueva situación en la que también el contrato de servicios engloba obligaciones de este tipo o, si se quiere, a un panorama en el que la distinción entre ambos tipos de obligaciones se desvanece paulatinamente.

¹⁹⁹ Obviamente, el deudor tendrá que obtener el resultado previsto por el acreedor siempre que sea un resultado razonable. Así, en el caso del médico o del abogado, a no ser que las partes acuerden expresamente el resultado pretendido, los clientes no podrán exigir el resultado si se les advirtió correctamente de lo que podían esperar del servicio. Además, en el caso de resultados previstos por el cliente pero no declarados en el contrato, el art. IV.C 2:106 exige que el cliente no tenga ninguna razón para creer que existe un riesgo considerable de que la prestación del servicio no conducirá a la obtención del resultado. «Puede deducirse que el artículo IV.C.-2:106, en última instancia, proporciona criterios para determinar cuándo resulta exigible el resultado final al que aspira el cliente, esto es, cuándo la satisfacción del interés final del acreedor pertenece al ámbito de protección del contrato. Ello sucederá cuando se trate de un resultado declarado o, sin serlo, cuando fuera previsible por un cliente razonable». CRESPO MORA, M.C.: “Las obligaciones de medios...”, pág. 26.

²⁰⁰ BARRÓN ARNICHES, P. DE: *El contrato de servicios...*, pág. 103. Este planteamiento va incluso más allá de lo que se pretende transmitir, al afectar de forma directa a la propia distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, tan comentada y aceptada por la doctrina. Con respecto al Derecho español, son partidarios de la distinción, entre otros, VAQUERO PINTO, M.J.: *El arrendamiento de servicios...*, pág. 105; MORENO QUESADA, B.: “Problemática de las obligaciones...”, págs. 474 y ss. Entre la doctrina alemana, BEKKER, E.L.: *Grundbegriffe des...*, pág. 330. Entre los autores italianos, LEONE, F.: “La negligenza nella colpa...”, págs. 84 y ss. En Francia, FROSSARD, J.: *La distinction des obligations...*, págs. 135 y ss.

²⁰¹ BARRÓN ARNICHES, P. DE: *El contrato de servicios...*, pág. 106.

Sin embargo, aunque estamos de acuerdo con la destrucción del esquema típico, y creemos necesaria la inclusión de obligaciones de resultado en determinados contratos de servicios, somos partidarios de mantener que en todos aquellos casos en los que el resultado sea jurídicamente inexigible por depender de factores ajenos al deudor, la obligación continuará siendo una obligación de medios²⁰². Por tanto, aunque la mayor parte de los contratos de servicios estará formada por obligaciones de resultado, en aquellos otros supuestos en los que aquél no pueda exigírsele al deudor -como ocurre con ciertos servicios profesionales-, las obligaciones seguirán siendo de mera actividad, siempre que las partes no hayan pactado expresamente el resultado pretendido²⁰³.

Por lo que respecta al contrato de hospedaje, no cabe duda de que puede acogerse a la evolución conceptual que se ha producido a través de los textos comunitarios; así, el hospedaje es, sin duda, un contrato de servicios conformado por prestaciones de hacer, todas ellas de resultado. Además ¿qué cliente va a contratar un servicio para que el prestador del mismo realice una actividad *en sí misma considerada*? O, ¿qué cliente no persigue un objetivo bien concreto y determinado cuando contrata este tipo de servicio?²⁰⁴

²⁰² «Si se exigiera la obtención del resultado incluso en los casos en los que su consecución dependa de factores ajenos al deudor, estos servicios se encarecerían ostensiblemente, resultando inaccesibles para una gran parte de los clientes potenciales y llegando, en última instancia, a provocar la retirada del mercado de los prestadores de estos servicios». CRESPO MORA, M.C.: “Las obligaciones de medios...”, pág. 20.

²⁰³ Tácitamente, el DCFR mantiene un criterio similar al que nosotros defendemos. En este sentido, el art. IV.C 2:106 dice que si las partes han pactado expresamente en el contrato un resultado concreto, éste ha de ser conseguido por el deudor por haberse comprometido a ello expresamente -y esto aunque el resultado sea aleatorio y dependa de factores ajenos-; ahora bien, no recibe el mismo tratamiento el resultado que se prometió al cliente y el resultado que no se encontró expresamente declarado en el contrato. De este modo, si el resultado no se previó, el deudor tendrá que alcanzar el resultado previsto por el acreedor siempre que se trate de un resultado *razonable*. BARRÓN ARNICHES, P. DE: *El contrato de servicios...*, pág. 106. Además, como hemos señalado anteriormente, el art. IV.C 2:106 exige que el cliente no tenga ninguna razón para creer que existe un riesgo considerable de que la prestación del servicio no conducirá a la obtención del resultado. Entre nosotros, en la Propuesta de la Comisión General de Codificación para dar una nueva redacción a los artículos 1581 al 1592 del Código Civil (mayo-junio 2011), prevaleció el criterio que mantenía la diferencia entre prestación de medios-prestación de resultado, dentro del mismo género «contrato de servicios». De este modo, el art. 1588 establece lo siguiente: «cuando las partes hubieren pactado el resultado que había de obtenerse o cuando, a pesar de la falta de pacto, el cliente podía razonablemente esperar determinado resultado, el prestador del servicio cumplirá su obligación si aquel resultado se consigue; pero cuando el contrato tuviere por objeto solamente la prestación de determinada actividad sólo habrá incumplimiento contractual cuando no se preste dicha actividad en los términos estipulados». Sobre este particular, RODRÍGUEZ MARÍN, C.: “La nueva Propuesta...”, pág. 325 y ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: “Contrato de servicios”, pág. 651.

²⁰⁴ BARRÓN ARNICHES, P. DE: *Cuestiones sobre el contrato...*, pág. 15.

- Relevancia de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

Sobre la relevancia práctica de diferenciar entre ambos tipos de obligaciones, mucho se ha escrito por parte de la doctrina²⁰⁵. Así, hay autores para quienes la distinción afecta al sistema de la responsabilidad en su conjunto, distinguiéndose de este modo dos regímenes distintos de responsabilidad según nos encontremos ante una obligación de medios o de resultado²⁰⁶; por otro lado, otro sector doctrinal defiende que la diferenciación exclusivamente repercute en el terreno del cumplimiento de la obligación contractual, lo que nos llevaría a una única conclusión: sostener que en el contrato de hospedaje tan solo existen obligaciones de resultado únicamente tendrá virtualidad práctica en la esfera del cumplimiento²⁰⁷.

A nuestro entender²⁰⁸, y a pesar de los intentos de gran parte de nuestra doctrina de afirmar que existe una duplicidad de regímenes de responsabilidad según nos encontremos ante una obligación de medios o ante una obligación de resultado, creemos que el hecho de que una determinada obligación sea calificada de uno u otro modo trae consigo una serie de consecuencias que solamente afectan al terreno del cumplimiento, sin suponer, en modo alguno, la existencia de un régimen distinto en orden a la

²⁰⁵ Entre otros, CRESPO MORA, M.C.: “Las obligaciones de medios...”, págs. 12 y ss. y DE ELIZALDE, F.: “Las obligaciones de medios...”, págs. 9 y ss. El alcance de la distinción entre ambos tipos de obligaciones también ha sido abordado por nuestra jurisprudencia. Así, la STS de 13 de diciembre de 1997, establece lo siguiente: «en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento».

²⁰⁶ Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M. en *La responsabilidad civil del profesional...*, págs. 288 y ss. y en *Sistema de responsabilidad civil...*, págs. 129 y ss.

²⁰⁷ JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, págs. 177 y ss. En el mismo sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad...*, págs. 127 y ss. y JIMÉNEZ HORWITZ, M.: “La distinción entre los contratos...”, pág. 575.

²⁰⁸ Por el contrario, en la doctrina francesa se admitió un doble régimen de responsabilidad según la obligación fuese de medios o de resultado. «Para la doctrina y jurisprudencia francesas la distinción entre las obligaciones de medios (diligencia) y de resultado ha adquirido el carácter de instrumento explicativo clave de la responsabilidad contractual en general y de la carga de la prueba en particular». CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad...*, pág. 141.

responsabilidad²⁰⁹. Así, en las obligaciones de resultado el incumplimiento viene determinado por la no obtención del mismo, mientras que en las obligaciones de medios el incumplimiento viene determinado por un actuar no diligente.

I.II Obligaciones del huésped: pagar el precio, restituir la habitación y respetar las normas del hotel.

Básicamente tres son las obligaciones del huésped: pagar el precio, restituir la habitación en el momento pactado por las partes y respetar las normas de utilización de los servicios impuestas por el hostelero.

En cuanto a la primera de ellas, no ofrece duda que el establecimiento hotelero desempeña el servicio a cambio de una remuneración. La prestación por un profesional de los servicios propios de su profesión constituye una presunción *iuris tantum* de que la otra parte se obliga a remunerarlos²¹⁰. Así, el art. 1544 del Código Civil establece que en el *arrendamiento* de servicios una de las partes se obliga a prestar un servicio por precio cierto²¹¹.

Siguiendo este mismo criterio, el DCRF introduce la presunción de onerosidad para todos aquellos casos en los que la prestación de servicios se contrata con profesionales; de este modo, el art. IV.C 1:101 define el contrato de servicios como

²⁰⁹ Del mismo modo, CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La prestación de servicios...*, págs. 137 y ss. La única repercusión práctica de la diferenciación se presenta en el terreno del cumplimiento, y «*a contrario sensu*, en la determinación de la falta de (exacto) cumplimiento». JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios...», pág. 96.

²¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil...*, pág. 397.

²¹¹ También la jurisprudencia se muestra partidaria del carácter oneroso de los servicios prestados. Así, la STS de 25 de mayo de 1992 establece lo siguiente: «de acuerdo con el art. 1544 del Código Civil, es necesario que la prestación del servicio tenga como contraprestación un precio cierto que ha de satisfacer el comitente, por lo que la asunción de la defensa de parientes dentro de los límites que establece el art. 20 del Estatuto General de la Abogacía por quien tiene el título de Licenciado en Derecho y es habilitado para ello, carece de ese carácter de onerosidad esencial del contrato de arrendamiento de servicios»; y más recientemente, en la STS de 30 de noviembre de 2010 se dice: «no hay arrendamiento de servicios por carecer de carácter oneroso la prestación; sí podría estarse, en cambio, ante otro tipo de relación, como una realización de servicios espontánea y gratuita que no responde a negocio jurídico alguno, o un contrato de trabajo, o un contrato de mandato, o un contrato atípico de gestión de intereses ajenos o colaboración, o un contrato de comisión mercantil o, en fin, un contrato de agencia, pero en ningún caso ante un arrendamiento de servicios». Por su parte, el art. 59 bis RD 1/2007 también pone de manifiesto en su apartado segundo el carácter oneroso del contrato de servicios.

aquel en que tiene lugar la realización de una obra o encargo a cambio de una remuneración.

Por tanto, y debido a que se trata de uno de los aspectos principales del contrato, el consumidor deberá ser informado sobre el precio incluso antes de que aquél llegue a formalizarse, tal y como aparece reflejado en el art. 60.2 c) RD 1/2007. En un sentido prácticamente idéntico también hace mención al precio el art. 20.1 c) del mismo texto legal, en el que se establece que entre la información necesaria que debe recoger la oferta comercial del servicio, debe constar «el precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario».

Sin embargo, también existe la posibilidad de que el hotel desempeñe los servicios de forma totalmente gratuita, como consecuencia de haber participado el cliente en un concurso o sorteo del propio hotel: ¿estamos en estos casos ante un contrato de servicios?

Sobre esta cuestión, en la que ya incidimos en capítulos precedentes, parece que los textos europeos aportan un poco de claridad. En concreto el DCFR, contempla la posibilidad de que un contrato de servicios se preste a título gratuito. De este modo, el apartado b) del art. IV.C.- 1:101 extiende el ámbito de aplicación de la normativa sobre servicios a todos aquellos contratos en los que el prestador realice el servicio sin derecho a recibir contraprestación por parte del cliente. Si bien, el art. IV.C.-2:101 señala que «cuando el prestador del servicio es un empresario o profesional el contrato se presume oneroso salvo pacto en contrario»²¹².

En sentido similar se pronuncia nuestra doctrina, según la cual la responsabilidad del Código Civil queda reservada a aquellos que se dediquen profesionalmente al hospedaje, aun en el hipotético caso de que no reciban

²¹² Dicho precepto está en consonancia con lo establecido por el art. 1582 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación para dar una nueva redacción a los artículos 1581 al 1592 del Código Civil (mayo-junio 2011), en el que se dice que «salvo acuerdo en contrario, quien presta un servicio tiene derecho a una retribución».

contraprestación por sus servicios²¹³. Por tanto, un contrato gratuito sigue siendo un contrato de servicios y le seguirá siendo aplicable su normativa.

Con respecto al momento del pago, aunque la práctica habitual viene siendo pagar una vez el contrato ha finalizado, rige el principio de autonomía de la voluntad, lo que justifica la validez de la exigencia de pagar anticipadamente. Lo mismo ocurre con los medios de pago, no existiendo *a priori* ninguna restricción con respecto a ellos; no obstante, ambos aspectos deberán figurar en la información precontractual garantizada al cliente antes de que quede vinculado por el contrato y la cual se encuentra detallada en el art. 97 RD 1/2007²¹⁴.

En segundo lugar, el cliente tiene también el deber de restituir la habitación en el momento acordado. La no restitución por el huésped se debe entender que implica una voluntad de prorrogar la duración del contrato, por lo que probablemente no deba tratarse como un incumplimiento contractual, a no ser, claro está, que dicha prórroga sea inviable debido a que la habitación tenga que ser entregada a huéspedes distintos que la contrataron previamente. En estos casos sí estaríamos frente a un incumplimiento contractual cuyos efectos se expondrán en epígrafes posteriores.

Por otra parte, este deber implica asimismo la obligación de restituir la habitación en el estado en el que se encontraba, es decir, sin daños ni deterioros, exceptuando aquellos que surgen del riesgo general de la vida, lo cuales, lejos de ser considerados como un incumplimiento del contrato, se entienden comprendidos en el precio de la habitación.

Finalmente, el cliente tiene el deber de respetar las normas impuestas por el establecimiento, esto es, acatar las normas de seguridad e higiene que establece el hotel, y observar las indicaciones del hostelero sobre el deber de cuidado de las instalaciones²¹⁵. Sin embargo, este deber, que constituye una auténtica obligación jurídica, y cuyo incumplimiento activa a favor del hostelero, como veremos más adelante, los remedios frente al mismo, no puede confundirse con el deber del huésped de colaborar al cumplimiento del prestador de los servicios, ya que estas conductas de

²¹³ REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, págs. 93 y 94.

²¹⁴ En el caso de que la información precontractual no contenga tales cuestiones serán determinantes los usos a fin de saber qué reglas han de aplicarse.

²¹⁵ Estas normas pueden consistir en prohibir fumar en las habitaciones, no hacer ruido a partir de una determinada hora, no introducir animales, etc.

colaboración no son exigibles por el empresario y su no realización no da lugar a los remedios del incumplimiento, sino que provocan un efecto distinto: que no haya para el hostelero responsabilidad por incumplimiento contractual²¹⁶.

II. Noción de incumplimiento.

Detalladas las obligaciones de ambas partes, es el momento de centrar la atención en las consecuencias que conllevaría incumplirlas. Para ello, en primer lugar, es menester dedicar unas breves líneas tanto al concepto de incumplimiento, como asimismo a la evolución que ha sufrido en los últimos tiempos.

¿En qué consiste el incumplimiento? ¿Qué se entiende por incumplir el contenido del contrato? Lo cierto es que el Código Civil carece de una regulación articulada del incumplimiento²¹⁷, siendo indispensable para contestar con precisión a tales cuestiones tener en cuenta otros textos legales que, como los *Principles of European Contract Law* (PECL) o el Marco Común de Referencia (DCFR), han sido elaborados con la pretensión de armonizar y unificar, a nivel internacional y europeo, el Derecho contractual. Asimismo, en numerosas ocasiones, estos textos han servido a nuestros tribunales, no solamente como apoyo o referencia legal, sino como instrumento de integración de las lagunas del Código Civil español, constituyendo, así, uno de los motores para la modernización del Derecho de obligaciones²¹⁸.

En este sentido, el concepto de incumplimiento que se encuentra en los PECL es el siguiente: «Incumplimiento significa cualquier inejecución de una obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de deberes de cooperación para alcanzar la

²¹⁶ Así, por ejemplo, si el huésped no abandona la habitación con el fin de que el hostelero cumpla con el servicio de limpieza, debe entenderse que el cliente no podrá exigir el cumplimiento de tal servicio, ya que, con su actuación, impidió el cumplimiento del hotel.

²¹⁷ «Las normas sobre el incumplimiento ni son claras, ni constituyen un bloque normativo bien articulado». MORALES MORENO, A.M.: *La modernización del Derecho...*, pág. 23. Siguiendo la estela de los Códigos de tradición romanista, el Código carece de una definición general y unitaria del incumplimiento. No obstante, con carácter general, suele decirse que se adopta en él un criterio subjetivo en la delimitación del incumplimiento, a través de los conceptos de culpa, negligencia o dolo. Ahora bien, con el fin de ser más exactos, el Código Civil solamente erige a la culpa en criterio necesario cuando disciplina el régimen de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento; en rigor, no aparece reseñada a efectos de resolución contractual, ni de acción de cumplimiento. GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Construcción del incumplimiento...”, pág. 332 y ss.

²¹⁸ GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Construcción del incumplimiento...”, pág. 332 y ss.

plena efectividad del contrato». (Art. 1:301 (4) PECL). Según la doctrina más autorizada, con la cual compartimos plenamente opinión, dicha noción se caracteriza por los siguientes rasgos: en primer lugar, estamos ante un concepto unitario de incumplimiento, suficientemente amplio para abarcar todas sus manifestaciones²¹⁹; en segundo lugar, el concepto contempla, ante todo, *la falta de satisfacción del interés del acreedor* garantizado por el contrato. «Por eso, no sólo se refiere a la inejecución de deberes de conducta previstos en el contrato (obligaciones), sino también a la existencia o inexistencia de ciertos hechos, circunstancias o estados de la realidad presupuestos en el contrato y garantizados por un contratante en interés de otro»²²⁰. Por último, se trata de un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva del deudor, esto es, «no contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche»²²¹. De este modo, en los PECL, hay incumplimiento aun en los casos en los que existe una causa de exoneración de las previstas en el art. 8:108, pues las causas de exoneración no excluyen el uso de todos los remedios del incumplimiento, sino solamente, como veremos a continuación, el de algunos de ellos²²².

Entre nosotros, la PMCC es la encargada de reconocer, de manera evidente, la incidencia en la modernización del Derecho contractual de los PECL, así como de otros textos internacionales y europeos que siguen criterios idénticos; de este modo, el art. 1188.1 PMCC señala lo siguiente: «hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»²²³. Si nos mantenemos fieles a la literalidad del precepto, la «no

²¹⁹ La no ejecución de la obligación, la ejecución tardía, el cumplimiento defectuoso, así como la falta de cooperación para que el contrato alcance plena ejecución. DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A.: *Los principios del Derecho...*, pág. 321.

²²⁰ MORALES MORENO, A.M: *Incumplimiento del contrato...*, pág. 30.

²²¹ *Ibidem*.

²²² DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A.M: *Los principios del Derecho...*, pág. 322. También es definido el incumplimiento en otros textos legales de carácter internacional. Así, el art. 7.1.1 de los Principios Unidroit (PU) define el incumplimiento como «la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío»; noción esta en la que cabe tanto el incumplimiento excusable por concurrir algún supuesto de fuerza mayor, como el no excusable. De forma similar, en la Convención de Viena se regula el incumplimiento como cualquier infracción de la regla contractual, con independencia de la existencia de culpa en el contratante incumplidor o de si la obligación se ha hecho sobrevenidamente imposible por culpa de aquél (*vid.* Arts. 45 y 61 CISG).

²²³ Siguiendo la tendencia imperante en el Derecho europeo e internacional, la Propuesta parte y configura un concepto unitario y objetivo de incumplimiento, que engloba todas sus modalidades. Es la noción que aparece asimismo en los artículos 7.1.1 PU (Principios Unidroit), 1:301 (4) PECL, 8:101 *Acquis Principles* y el III.- 1.101 (3) DCFR, que definen el incumplimiento como cualquier contravención de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el

realización *exacta* de la prestación» nos conduce a otro concepto clave en el nuevo derecho de obligaciones: la falta de conformidad. Ahora bien, ¿qué se entiende por conformidad en un contrato que, como el de hospedaje, es de servicios? Pues bien, en líneas generales, la noción de conformidad es la misma que se utiliza para el caso de la compraventa, aunque adaptando los conceptos a las características del hospedaje. Así, «el servicio realizado debe cumplir objetivamente con los parámetros de cantidad, calidad y descripción indicados en el contrato (...) La conformidad o no de la prestación se obtiene de la comparación entre la prestación real y la ideal según se acordó al concluir el contrato, tomando como parámetro de la comparación el resultado que espera obtener el cliente»²²⁴. Se tienen en cuenta, por tanto, las legítimas expectativas de la parte²²⁵.

Concluyendo, lo que se pretende transmitir en esta breve referencia a la noción de incumplimiento es, fundamentalmente, la evolución que ha sufrido en los últimos tiempos. Así, de lo dicho hasta ahora resulta que hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato, no importando cuál sea la causa de ello; «puede serlo la imposibilidad inicial de la prestación (...) o una imposibilidad sobrevenida; el incumplimiento tampoco presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (...) Se trata de ofrecer un concepto del mismo unitario y amplio, que sirva como base o supuesto común a todos los remedios, sin perjuicio de que, después, ese supuesto aparezca cualificado por una u otra condición adicional (como la de ser esencial o ser inexcusable) para justificar el recurso a uno u otro remedio concreto»²²⁶.

III. El incumplimiento de las obligaciones del hostelero.

Analizada la noción de incumplimiento, es el momento de centrar toda nuestra atención en el estudio de cuáles son los remedios²²⁷ de los que se dispone para hacer

defectuoso y la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato. GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Construcción del incumplimiento...”, pág. 351 y ss.

²²⁴ VAQUER ALOY, A.: “El principio de conformidad...”, pág. 390.

²²⁵ En cuanto a los contratos de servicio, se normaliza la expresión «conformidad», tanto si la obligación es de resultado como de mera actividad. LLÁCER MATA CÁS, M.R.: “La garantía por falta de conformidad...”, pág. 468.

²²⁶ GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato...”, pág. 37.

²²⁷ Señala MORALES MORENO que se entiende por remedio «toda medida de protección que ofrece el ordenamiento jurídico a un sujeto en una determinada situación, frente a la lesión de un interés. Tales medidas pueden consistir en *pretensiones* (que atribuyen al legitimado la facultad de exigir a otro sujeto

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

Conviene asimismo dejar patente que, debido a la imperante necesidad de revisar la regulación que contiene el Código Civil del incumplimiento contractual y de los remedios frente al mismo²²⁸, nos apoyaremos a la hora de desarrollar y exponer los distintos remedios no solamente en el Derecho vigente, sino también en aquellos textos que vienen sirviendo a los Tribunales para modernizar lo establecido por el Código. Estos textos serán básicamente tres: los PECL²²⁹, el DCFR²³⁰ y la PMCC²³¹.

un dar, hacer o no hacer algo, pudiendo utilizar, incluso, una acción para hacer efectivo su contenido; por ejemplo, la pretensión indemnizatoria), o en *derechos potestativos* (que atribuyen al legitimado la facultad de modificar, por medio de su voluntad, una situación jurídica; por ejemplo, la anulación, la resolución)». “¿Es posible construir...”, pág. 402.

²²⁸ El tratamiento del incumplimiento contractual en los códigos europeos del siglo XIX es calificado por la PMCC de «especialmente insuficiente».

²²⁹ Los remedios aplicables en caso de incumplimiento se hallan regulados en el Capítulo noveno de los PECL. Estos son: el derecho al cumplimiento, la suspensión del propio cumplimiento por el acreedor insatisfecho, la resolución, la reducción del precio y la indemnización de daños. Los remedios son acumulables si no son incompatibles entre sí, y el acreedor dispone de una suerte de *ius variandi* «que le permite intentar de forma subsecuente otro remedio tras haber probado fortuna con el primero (art. 8:102), pero siempre dentro de los límites de la buena fe en el ejercicio de los derechos». VAQUER ALOY, A.: “Incumplimiento del contrato...”, pág. 539.

²³⁰ En el DCFR los remedios ante el incumplimiento se regulan en el Capítulo 3 del Libro III. Dichos remedios no aparecen enumerados en ningún precepto concreto, sino que, tras una sección de disposiciones generales, se regula cada uno de ellos en secciones separadas, dedicadas sucesivamente a la subsanación por el deudor del cumplimiento no conforme, el cumplimiento forzoso, la suspensión del cumplimiento, la resolución, la reducción del precio y la indemnización e intereses. El art. III.-3:102 DCFR dispone que los remedios que no son incompatibles son acumulables; asimismo, el acreedor puede elegir el remedio que prefiera entre aquellos de que disponga en el caso concreto, puesto que así se desprende de lo establecido por el artículo III.-3:101 (1) y (2) DCFR. GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato...”, pág. 44.

²³¹ Entre nosotros, en la PMCC los remedios aparecen señalados en el artículo 1190, según el cual: «en caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos». Cada uno de estos remedios se regula después por separado en las secciones segunda a quinta del Capítulo VII del Libro IV PMCC. A dichos remedios debemos añadir la suspensión de cumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas, previsto en el artículo 1191 PMCC.

Dicho esto, pasamos a analizar por separado las consecuencias del incumplimiento de cada una de las obligaciones del hostelero.

- Incumplimiento de la obligación de entrega de la habitación en el momento pactado: en tales supuestos, en los que el huésped no puede hacer uso de la habitación contratada como consecuencia de la falta de disponibilidad en el establecimiento, dispone de dos acciones que, en ocasiones, como veremos, pueden ejercitarse conjuntamente, siempre que se den los presupuestos que hacen efectivo dicho ejercicio conjunto.

El primero de los remedios al que nos referimos es a la pretensión resolutoria, entendida esta como una facultad de la que dispone el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro, siempre que dicho incumplimiento tenga unas determinadas características. Este remedio permite a la parte que sufre el incumplimiento desligarse de los compromisos contractuales asumidos, resolviendo o eliminando la eficacia del contrato²³². La razón por la que se le exige al incumplimiento resolutorio cumplir unos específicos requisitos es obvia: la facultad de desvincularse del contrato por incumplimiento choca con el principio de la conservación del negocio jurídico, de manera que solamente si uno de los contratantes se encuentra ante un incumplimiento cualificado podrá ejercitar esta acción.

El remedio resolutorio se encuentra recogido en el art. 1124 C.c., según el cual «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera 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

²³² La finalidad de la resolución es ofrecer protección al contratante lesionado por el incumplimiento. Atrás queda la idea de considerar la acción resolutoria como una sanción que se le impone al contratante incumplidor, para convertirse en una medida de protección frente a aquél. «La específica sanción del incumplidor es el deber de resarcimiento, pero no *per se* la resolución». DÍEZ-PICAZO, L.: “El retardo, la mora...”, pág. 399.

en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible»²³³.

Ubicado el remedio, hemos de centrar la atención en el estudio de la resolución contractual desde la perspectiva del incumplimiento de la obligación señalada y del contrato que nos ocupa, por lo que, a tal fin, analizaremos las cuestiones más polémicas que lo han venido acompañando.

En primer lugar, ante todo, hemos de señalar que, en el hospedaje, en caso de que el cliente pretenda resolver el contrato por no hacerse entrega de la habitación contratada, lo hará, por razones prácticas, a través de una declaración unilateral dirigida al establecimiento, esto es, acudiendo al ejercicio extrajudicial de la resolución del contrato; en este sentido, pese a que tradicionalmente se ha considerado que el artículo 1124 C.c. se encuadra dentro del modelo de ejercicio judicial del remedio resolutorio, «ha existido desde muy temprano una tendencia a la *privatización* de la resolución, con la finalidad de facilitar el tráfico económico»²³⁴ y cuya ventaja principal no es otra que eliminar la incertidumbre que planeaba sobre el contrato en la hipótesis de la resolución judicial durante todo el tiempo que dura el proceso²³⁵.

Por esta razón, dadas las características de este contrato, en el que resultaría del todo excesivo que el huésped tuviera que acudir a los tribunales

²³³ Por su parte, los PECL reconocen al contratante insatisfecho la facultad de resolver el contrato en los artículos 9:301 y ss. Por lo que respecta al DCFR, también regula ampliamente este remedio, en la sección 5 del Capítulo 3 del Libro III (arts. III.-3:501 y ss.). Por último, la PMCC, aunque no define qué se entiende por resolución contractual, regula la acción resolutoria en los arts. 1199 a 1204.

²³⁴ Así, junto con la resolución judicial, tiene cabida en el art. 1124 C.c. la resolución extrajudicial, esto es, la que se hace valer por el acreedor insatisfecho, mediante una declaración unilateral. PALAZÓN GARRIDO, M.L.: “El remedio resolutorio...”, pág. 437.

²³⁵ PALAZÓN GARRIDO, M.L.: “El remedio resolutorio...”, pág. 439. Sin embargo, la elaboración jurisprudencial de la figura de la resolución extrajudicial no ha venido acompañada en nuestro ordenamiento de una reforma del Derecho positivo, planteándose situaciones de abuso y de inseguridad jurídica, que sin duda podrían evitarse regulando esta modalidad de ejercicio. PALAZÓN GARRIDO, M.L.: “El remedio resolutorio...”, pág. 438. Por su parte, los PECL no dejan lugar a duda y, siguiendo a los ordenamientos en los que la resolución se ejercita extrajudicialmente, declaran que el ejercicio de la facultad resolutoria es extrajudicial. De este modo, el art. 9:303 (1) establece que «el derecho de la parte a resolver el contrato se ejercita mediante notificación a la otra parte». Asimismo, esta ha sido la línea seguida por la PMCC, en la que el art. 1199 permite al acreedor resolver inmediatamente el contrato. Tampoco el DCFR exige el ejercicio judicial del remedio resolutorio, que puede hacerse valer mediante declaración del acreedor al deudor [(art. III.-3:507 (1))].

para resolverlo, el ejercicio de la acción resolutoria por vía extrajudicial se presenta como el mecanismo adecuado en aquellos casos en los que el cliente quiera poner fin al contrato por incumplimiento del hotel, siempre que, como veremos a continuación, se den los presupuestos del incumplimiento resolutorio²³⁶.

Aclarado lo anterior, pasamos seguidamente a examinar las cuestiones que tienen que ver con las características del incumplimiento que legitima a la parte para resolver el contrato. Estas cuestiones son las siguientes: la entidad del incumplimiento, haciendo especial referencia, al estar ante un contrato sometido a término esencial, al retraso en el cumplimiento, y la exigencia o no de que el incumplimiento sea imputable para poder ejercitar la acción resolutoria²³⁷.

En cuanto a la primera de tales cuestiones, hemos de señalar que el criterio que se ha considerado más importante a la hora de poder optar por el remedio resolutorio es la exigencia de un incumplimiento grave. Así lo manifiesta nuestra jurisprudencia cuando aplica el art. 1124 C.c. -aunque dicho precepto no lo exige expresamente-²³⁸, y así lo determinan también los textos

²³⁶ Solamente si el establecimiento hotelero se opone, el cliente deberá acudir a juicio; «mas no porque la oposición haya neutralizado los efectos de la resolución declarada, sino porque el actor no puede provocar por su propia autoridad una modificación del *status quo* material resultante del contrato (...) La sentencia que ulteriormente declare bien hecha la resolución extrajudicial tendrá eficacia declarativa de los efectos ya producidos». CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de...*, págs. 1141 y 1142

²³⁷ Que el estudio de dichas cuestiones sea el que más polémica ha generado y en el que centraremos nuestra atención, no quiere decir que la resolución no tenga asimismo que contar con otros presupuestos para poder ser ejercitada. En este sentido, para que se pueda instar la resolución del contrato por el motivo analizado, es requisito fundamental, según lo literalmente dispuesto en el art. 1124 C.c., la existencia entre los contratantes de una relación obligatoria recíproca, bilateral o sinalagmática, es decir, de una relación en la que los dos sujetos son acreedores y deudores y en que la deuda de cada uno encuentra su fundamento en la deuda del otro. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alude a que la resolución solamente es posible cuando las prestaciones de las partes sean exigibles. En este sentido se pronuncian la STS de 24 de mayo de 1991; STS de 4 de enero de 1992; STS de 21 de marzo de 1994; STS de 16 de mayo de 1996; STS de 11 de octubre de 2006 y STS de 19 de mayo de 2008. No obstante, conviene dejar claro que, ante el incumplimiento de la contraparte, también puede resolver el negocio jurídico el contratante cuya prestación aún no es exigible; y esto, debido a que no solamente el contratante cumplidor puede resolver el contrato, sino que también puede hacerlo el contratante no incumplidor. CLEMENTE MEORO, M.: *La resolución de los contratos...*, pág. 17. Por tanto, es la prestación incumplida la que debe cumplir el requisito de la exigibilidad.

²³⁸ En este sentido, entre otras, la STS de 25 de enero de 1991; STS de 3 de septiembre de 1992; STS de 8 de febrero de 1993 o la STS de 23 de enero de 1996. Por su parte, en la STS de 5 de mayo de 1997 se declara que la cuestión principal es determinar si «el incumplimiento que se alega tiene tal importancia en la economía del contrato que justifique su resolución».

legales señalados con anterioridad, esto es, los PECL, el DCFR y la PMCC²³⁹. La exigencia de la gravedad parece tener como finalidad establecer un filtro para evitar la utilización del remedio en los casos en que el incumplimiento no es total o definitivo, puesto que en tales supuestos, el principio de conservación del negocio *debe prevalecer*²⁴⁰.

En este sentido, por lo que respecta al incumplimiento de la obligación de entrega de la habitación en el momento pactado, qué duda cabe de que estamos frente a un incumplimiento grave o esencial, que frustra por completo las legítimas expectativas del huésped²⁴¹; y ello aunque estemos ante un cumplimiento retrasado²⁴² ya que, aunque la regla general es que el retraso en el

²³⁹ Conforme al artículo 9:301 PECL, el contratante insatisfecho solamente tiene derecho a resolver el contrato si el incumplimiento de la otra parte es esencial. Sigue el mismo criterio la PMCC, que en su art. 1199 establece que «cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial». Por su parte, según el art. 8:103 de los PECL, el incumplimiento de una obligación es esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la obligación corresponde a la esencia del contrato; b) el incumplimiento priva sustancialmente al acreedor de lo que él tenía derecho a esperar del contrato, a menos que el deudor no haya previsto o no haya podido razonablemente prever este resultado; c) o el incumplimiento es intencional y permite creer al acreedor que no puede contar en el futuro con un cumplimiento de la otra parte. Del mismo modo, según el art. 7.3.1 (2) PU, para determinar cuándo un incumplimiento es esencial, debemos atender a los siguientes factores: a) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever ese resultado; b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; c) el incumplimiento fue intencional o temerario; d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra parte cumplirá en el futuro; e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. Esta última circunstancia, «más que definir cuándo existe incumplimiento esencial, supone un límite a la existencia del mismo y en consecuencia, a la facultad de dar de terminado el contrato». CLEMENTE MEORO, M.: *La facultad de resolver...*, pág. 286. Por último, según el DCFR, el incumplimiento es esencial en los siguientes casos: a) cuando priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, aplicado a la totalidad o a una parte importante del cumplimiento, a menos que, en el momento de la conclusión del contrato, el deudor no hubiera previsto ni podido prever razonablemente dicho resultado; b) cuando es intencional o temerario y da razones al acreedor para creer que no se producirá el cumplimiento futuro del deudor. Todo ello se recoge en el art. II.-3:503 (2). La definición de incumplimiento grave que utilizan estos textos legales viene siendo utilizada cada vez con más frecuencia por nuestro TS y la jurisprudencia menor; no obstante, a diferencia de la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT o los PECL, la PMCC no define qué se entiende por incumplimiento esencial, dejando de nuevo en manos de los Tribunales el establecimiento de los criterios. Sobre este particular, PALAZÓN GARRIDO, M.L.: «El remedio resolutorio...», pág. 436.

²⁴⁰ La cursiva es nuestra. *Ibidem*, pág. 432. En el mismo sentido, años atrás, MORALES MORENO, A.M., *La modernización...*, pág. 45.

²⁴¹ En estos casos nos encontramos ante un incumplimiento total, por falta de realización de la prestación principal del contrato. REPRESA POLO, M.P. y DE HARO IZQUIERDO, M.: «Los contratos de hospedaje y...», pág. 365.

²⁴² «Retraso en el cumplimiento se produce cuando el deudor, aunque no manifieste una oposición al cumplimiento e incluso ofrezca razones para justificarlo, de hecho no cumple su obligación en el momento en que está obligado a hacerlo». Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A.: *Los principios del Derecho...*, pág. 357. Dado que es el hospedaje un contrato sometido a término esencial, pocas dudas genera el hecho de que en caso de un cumplimiento retrasado de la

cumplimiento no tiene eficacia resolutoria, el hospedaje es uno de esos contratos que está sometido a término esencial, es decir, en caso de que el hostelero no proporcione al cliente los servicios contratados por éste en la fecha exacta, dicho retraso constituirá un incumplimiento grave y definitivo, frustrando por completo las legítimas expectativas del viajero y facultándolo para ejercitar la resolución del contrato de forma inmediata. Así, si el huésped no dispone de la habitación contratada el día exacto de su llegada al establecimiento, hacerle entrega de la habitación al día siguiente -o con varias horas de retraso-, puede frustrar por completo su interés en seguir vinculado al contrato; en tales supuestos, el ejercicio de la acción resolutoria podrá ser inmediato.

Analizado el requisito de la gravedad, pasamos seguidamente al estudio de otro asunto al que antes hacíamos alusión, esto es, la exigencia o no de un incumplimiento culpable para poder ejercitar la acción resolutoria. Es decir, ¿puede el huésped desvincularse del contrato si el incumplimiento del establecimiento es inimputable al mismo? ¿O, por el contrario, solamente puede hacerse uso de dicho remedio cuando el incumplimiento es imputable? Así, si por ejemplo el incumplimiento de la obligación de entrega viene fundamentado no en una falta de organización, sino en una catástrofe natural que hizo inhabitable la planta del hotel donde se encontraba la habitación contratada, ¿puede el huésped resolver el contrato?

Sin detenernos demasiado en esta cuestión, podemos decir que aunque ciertamente la doctrina y la jurisprudencia han venido exigiendo el incumplimiento culpable como fundamento del remedio resolutorio, hoy en día, sin embargo, las más actuales opiniones doctrinales han superado la concepción subjetivista²⁴³. Así, el acreedor insatisfecho tiene derecho a ejercitar la resolución con total independencia del criterio de imputación²⁴⁴. Por tanto, si el

prestación principal, puede considerarse dicho incumplimiento como definitivo, esencial o grave, ya que queda frustrado por completo el interés del huésped, que no puede hacer uso de la habitación en el momento exacto en el que la precisa.

²⁴³ MORALES MORENO, A. M., *La modernización...*, pág. 44. Más recientemente, PALAZÓN GARRIDO, M.L.: “El remedio resolutorio...”, pág. 428.

²⁴⁴ Los PU siguen este criterio en los artículos 7.3.1 y ss. Por su parte, tanto los PECL como el DCFR adoptan una vía con la que discrepamos. Así, según dichos textos legales, cuando el incumplimiento se debe a un impedimento total y permanente del que el deudor no ha de responder, el contrato queda resuelto *automáticamente*, sin necesidad de que notifique al deudor su voluntad de resolver (art. 9:303 (4)

establecimiento hotelero no cumple con su obligación de entrega, no será un requisito indispensable para poder ejercitar la resolución que ese incumplimiento sea imputable, pudiendo el cliente resolver el contrato aunque provenga de un supuesto de fuerza mayor.

En tercer lugar, después de haber incidido en el modo de ejercicio de la acción resolutoria, así como en los presupuestos del incumplimiento resolutorio, debemos hacer hincapié en cuáles son los efectos que origina su ejercicio, es decir, en el supuesto de que el cliente opte por resolver el contrato de hospedaje en caso de que se haya incumplido la obligación de entrega de la habitación, ¿cuáles son las consecuencias de su decisión? En estos casos, los efectos de la resolución serán exclusivamente liberatorios, esto es, las partes quedan desvinculadas del contrato, sin necesidad alguna de realizar las obligaciones que aquél conlleva²⁴⁵. Ahora bien, en el hipotético caso de que el cliente hubiese abonado las cantidades correspondientes a su estancia en el hotel antes del comienzo del contrato, dichas cantidades deberán serle devueltas, teniendo la resolución en estos casos efectos liberatorios y restitutorios²⁴⁶.

PECL y art. III.-3:104 (4) DCFR). Esta solución nos parecería adecuada si en todos los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor el único remedio fuera la resolución; sin embargo, estamos de acuerdo con PANTALEÓN cuando afirma que «la resolución automática es rechazable, incluso en el caso de imposibilidad absoluta y permanente de la prestación no imputable al deudor, porque provoca incertidumbres sobre cuáles son en cada momento los derechos y deberes de los contratantes, y desconsidera los casos en que el acreedor preferirá mantener el contrato y pretender el *commodum representationis* a cambio de la contraprestación que le incumbe». «Las nuevas bases de la responsabilidad...», págs. 1731 y 1732. Sigue el mismo criterio PALAZÓN GARRIDO, M.L.: «La resolución del contrato...», pág. 804.

²⁴⁵ Así lo dispone el art. 9:305 (1) PECL, según el cual, la resolución contractual libera a las partes de su obligación de realizar y recibir un futuro cumplimiento (...); no obstante, tal y como señala el segundo párrafo del citado precepto, la resolución no afecta a la cláusulas contractuales sobre el arreglo de controversias, ni tampoco a las que hayan de producir sus efectos tras la resolución. Sigue el mismo criterio el art. 1202 PMCC: «La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución». La incorporación de un precepto de estas características no deja lugar a la interpretación y aclara algo que en la doctrina española había generado cierta discusión debido a la ausencia de previsión legal expresa al respecto: «La resolución se predica de un contrato plenamente válido y eficaz; por tanto no puede equipararse a la nulidad y sus efectos no pueden ser los mismos». SAN MIGUEL PRADERA, L.P.: «La resolución por incumplimiento...», pág. 1719.

²⁴⁶ De este modo, la regla recogida en el art. 9.307 PECL se refiere a los pagos hechos por el contratante que ejercita la resolución sin haber recibido la correspondiente contraprestación, o no habiendo aceptado justificadamente recibirla. Dice literalmente el precepto que «al resolver el contrato, las partes tienen derecho a recuperar el dinero pagado por una prestación que no recibieron o que legítimamente se negaron a aceptar».

A esto se añade que, como apuntábamos en un principio, y tal y como señala el art. 1124 C.c., la resolución contractual a la que puede acudir el huésped en caso de que no le sea entregada la habitación en el momento pactado puede venir acompañada de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios²⁴⁷, siempre y cuando se den los presupuestos del remedio indemnizatorio.

A dicho remedio indemnizatorio hace referencia el art. 1101 C.c. cuando establece que «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», consagrándose así el derecho del acreedor a ser indemnizado por los daños que se deriven del incumplimiento *imputable* al deudor, con independencia de que estemos frente a un cumplimiento parcial, tardío, defectuoso o ante un incumplimiento definitivo²⁴⁸.

Situado el remedio, es menester hacer hincapié en sus presupuestos, debido principalmente a que la resolución contractual que ejercita el huésped en caso de no entregársele la habitación en el momento pactado no puede venir acompañada de la correspondiente indemnización si aquéllos no se cumplen. Estos son, de acuerdo con la PMCC y con el DCFR, básicamente tres: en primer lugar, para que el remedio indemnizatorio prospere, es imprescindible que del incumplimiento se hayan derivado daños concretos, teniendo en cuenta que el incumplimiento en sí mismo no constituye daño resarcible -pensemos, por

²⁴⁷ Sobre la compatibilidad entre ambos remedios el art. 1205 PMCC señala que «el acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause. Este derecho es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento». Asimismo, en concordancia, el art.1190 del mismo texto legal dispone lo siguiente: «en caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos». Sobre la compatibilidad del remedio indemnizatorio con los demás remedios se expresa también el artículo III.-3:102 DCFR en su segundo inciso.

²⁴⁸ No obstante, aunque los artículos 1101 y ss. representan el fundamento normativo de la pretensión de resarcimiento en el Código Civil, también la PMCC, los PECL y el DCFR contemplan detalladamente dicho remedio en su articulado. De este modo, la PMCC dedica un total de seis artículos al remedio indemnizatorio (arts. 1205 y ss.) bajo la rúbrica «de la indemnización de daños y perjuicios»; por su parte, los PECL también contemplan la indemnización de daños como uno de los remedios reconocidos al acreedor en caso de incumplimiento del deudor en los artículos 9:501 y ss.; por último, el DCFR dedica once artículos al análisis de la pretensión indemnizatoria en el Capítulo 9 del Libro III (arts. III.-3:701-III.-3:7011).

ejemplo, que al cliente no se le proporciona la habitación que contrató en el momento pactado, pero casualmente quería dar por finalizado inmediatamente el contrato por enfermedad de alguno de sus familiares-; en segundo lugar, que medie relación de causalidad entre el incumplimiento del establecimiento y el daño sufrido por el cliente; por último, que no concurra una causa de exoneración que determine que el incumplimiento del hotel es excusable.

Seguidamente, enumerados sus presupuestos, debemos centrar nuestra atención en descifrar qué partidas debe comprender la indemnización, es decir, ¿qué daños son resarcibles? En este sentido, el artículo 1106 del Código Civil mantiene -como también lo hace el art. 1207.1 PMCC- que el daño resarcible debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante, asegurando al acreedor la indemnización del comúnmente llamado *interés positivo*, con el que se pretende colocar al acreedor «en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no hubiera existido lesión contractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado»²⁴⁹. Tanto el daño emergente como el lucro cesante son, como es sabido, daños patrimoniales. Sin embargo, mientras este último consiste en las ganancias dejadas de obtener por el acreedor como consecuencia del incumplimiento y es de escasa virtualidad práctica en el hospedaje, es menester detenerse, al menos brevemente, en el estudio del daño emergente, dentro del cual tiene cabida cualquier pérdida o perjuicio real sufrido por el acreedor. De este modo, dentro del concepto de daño emergente encontramos no solamente los daños sufridos en los bienes del cliente como consecuencia de una prestación defectuosa -como puede ser el servicio de lavandería-, sino también los gastos que el acreedor se haya visto obligado a realizar como consecuencia del incumplimiento de entrega de la habitación en el momento pactado -tales como los gastos de desplazamiento-, así como el mayor costo del negocio reemplazado. Así, si el huésped como consecuencia del incumplimiento se ve en la necesidad de contratar con otro hotel cuyo precio es superior, tiene derecho a ser resarcido en ese mayor costo; no obstante, deberá llevar a cabo comportamientos sensatos que no contribuyan a aumentar la indemnización

²⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, págs. 787 y 788.

indiscriminadamente, como ocurriría si el cliente optara por alojarse en el hotel más caro de la ciudad, rechazando la posibilidad que se le ofrece de alojarse en otro de la misma cadena que cuenta con prestaciones prácticamente idénticas. De este modo, la indemnización debe limitarse al daño sufrido por el acreedor si hubiera actuado razonablemente.

Por otra parte, aunque el Código y la Propuesta solamente hagan referencia a la indemnización de daños patrimoniales, omitiendo cualquier alusión al daño moral, debemos señalar que tanto el TS como la jurisprudencia menor han admitido que los daños morales que derivan del incumplimiento contractual son asimismo resarcibles²⁵⁰. Sin embargo, pese a tal reconocimiento, poco probable resulta que el huésped pueda acreditar haber sufrido un daño moral como consecuencia del incumplimiento de la obligación de entrega de la habitación en el momento acordado, a no ser que el incumplimiento vaya acompañado, algo altamente infrecuente, de la imposibilidad material de alojarse en otro establecimiento cercano y equiparable, lo cual probablemente desemboca en un estado de angustia y zozobra susceptible de indemnización²⁵¹.

Finalmente nos ocuparemos de dos cuestiones que han acompañado siempre al estudio del remedio que nos ocupa y cuya relevancia práctica es más que notable. En primer lugar, la que tiene que ver con la extensión del daño indemnizable, o lo que es lo mismo, la regla de la previsibilidad de los daños; en segundo lugar, analizaremos las causas que exoneran al establecimiento hotelero del deber de indemnizar.

Con respecto a la regla de la previsibilidad, ésta se contiene en el artículo 1107 C.c., que encuentra su equivalente en el art. 1208 PMCC, según el cual «el deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como

²⁵⁰ GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato...”, pág. 85. Sigue este criterio también el art. III.-3:701 (3) DCFR y el art. 9:501 (2) PECL.

²⁵¹ No obstante, aunque cuenten con la posibilidad de alojarse en otro establecimiento cercano y con prestaciones equiparables, podrán ser indemnizados por daños morales aquellos sujetos que sufrieron el incumplimiento un día *especialmente señalado*, como puede ser el día de su boda o un acontecimiento de similares características.

consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato»²⁵².

Para concluir, dedicaremos unas líneas al análisis de la exoneración del deber de indemnizar. Según el artículo 1209.I PMCC «no será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control; 2º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias»²⁵³».

Por su parte, para GÓMEZ CALLE, con la que compartimos opinión, hay que entender que para que efectivamente se dé la exoneración prevista en el art. 1209.I PMCC es preciso que ambas circunstancias se den simultáneamente de modo que «es preciso que el deudor no tuviera el deber de prever el impedimento ajeno a su voluntad y a su esfera de control, ni el de evitarlo en sí o en sus consecuencias»²⁵⁴. Conforme a dicho planteamiento, el hostelero no queda liberado del deber de indemnizar tanto si el impedimento procede de su propia esfera de control -por ejemplo, cuando no puede entregar la habitación en el momento pactado debido a huelgas de sus empleados o auxiliares-, como si el

²⁵² Para GÓMEZ CALLE, este precepto resuelve varios de los problemas interpretativos que ha provocado el art. 1107 C.c.; así, en vez de hablar del «deudor de buena fe», se alude al incumplimiento no doloso, con lo que se evitan los problemas que suscita referirse al deudor negligente como un deudor de buena fe. Además, se sustituye la referencia a «todos los daños que conocidamente se deriven» del incumplimiento en caso de dolo, por la que se hace a los daños «objetivamente imputables» al incumplimiento, criterio éste que permite delimitar mejor el alcance de los daños resarcibles. *Ibidem*, pág. 88. Dicho precepto encuentra asimismo su equivalente en el art. 9:503 PECL, el cual señala que «la parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente». Dicha regla tiene como fin principal limitar los daños que pueden exigirse al deudor, de forma que no se le pueden pedir más que aquellos daños que al tiempo de contratar puedan resultarle previsibles. DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A.: *Los principios del Derecho...*, pág. 378.

²⁵³ Sigue el mismo criterio el art. III.-3:701 DCFR. Por su parte, conforme al art. 9:501 PECL, los daños provocados por el incumplimiento deben ser reparados, salvo que medie causa de exoneración. A estas causas de exoneración hace referencia el artículo 8:108 (1) cuando señala que «una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias».

²⁵⁴ «Los remedios ante el incumplimiento del contrato...», pág. 82.

impedimento no procede de su esfera de control, pero era previsible al contratar -por ejemplo, cuando la imposibilidad de llevar a cabo la entrega es fruto de temporales o desastres naturales que, pese a ser sucesos ajenos a la esfera de control del establecimiento, puedan ser perfectamente previsibles al contratar-.

Resumiendo, en caso de que el hotel incumpla su obligación de entregar la habitación al huésped en el momento acordado, éste podrá solicitar de inmediato, al tratarse de un incumplimiento grave, la resolución contractual, la cual, a no ser que el precio haya sido abonado con anterioridad al comienzo de la ejecución del contrato, solamente tendrá efectos liberatorios; asimismo, dicha resolución podrá venir acompañada de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios siempre que se den sus presupuestos.

Por el contrario, en caso de que pese a no ser entregada la habitación en el momento pactado -sino por ejemplo con un día de retraso-, el huésped quiera seguir vinculado al contrato, puesto que tal retraso no ha frustrado su interés por completo, podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios, sin tener que venir ésta acompañada del ejercicio de la acción resolutoria.

- Entrega de una habitación con características distintas a lo pactado, lo que sucede en aquellos casos en los que, por ejemplo, la habitación cuenta con una cama doble en vez de dos individuales, ducha en lugar de baño o está privada de las vistas que se ofertaron.

En estos casos el cliente puede optar o bien por resolver el contrato o bien por aceptar las condiciones que presenta la nueva habitación, pese a ser éstas distintas a lo pactado en un principio. Vayamos por partes: en primer lugar, como venimos diciendo, el cliente puede ejercitar la acción resolutoria, sosteniendo la viabilidad de su ejercicio en el mero hecho de que acudir a tal remedio revela de por sí la gravedad del incumplimiento, que ha de valorarse conforme a criterios subjetivos; así, ¿qué huésped ejercitaría la resolución del contrato por presentar la habitación características distintas a las pactadas si verdaderamente el incumplimiento no frustrara su interés, máxime si tenemos en

cuenta que el ejercicio de tal acción conlleva asimismo inconvenientes para el cliente que la ejercita?²⁵⁵.

En segundo lugar, el huésped puede aceptar las nuevas condiciones, en cuyo caso habría que distinguir a su vez dos supuestos distintos. Por un lado, que las nuevas condiciones modifiquen el precio por sí solas -lo cual ocurre, por ejemplo, si el huésped acepta una habitación sin vistas que, generalmente, presenta un precio más económico, así como una habitación de tamaño más reducido-. En tales casos estamos ante una *sustitución* del servicio. Así, en la práctica, si al cliente no le asignan la habitación que contrató y le asignan una de peor calidad que presenta características distintas, siempre que decida no resolver y conformarse con la *nueva* habitación atribuida, no puede considerarse que el pago de una menor cantidad corresponde a una reducción del precio, siendo la verdadera causa del abaratamiento del servicio el haber disfrutado de otro distinto que resulta ser más económico, produciéndose en estos casos una novación del contrato. Por otra parte, también puede ocurrir que las nuevas condiciones no sean determinantes para modificar el precio conforme a criterios objetivos, lo cual sucede cuando el cliente solicitó una habitación cercana al ascensor o una habitación en la que hubiese baño en vez de ducha; dichas exigencias no suelen variar el precio de la habitación; pese a ello, la solución más acorde a los intereses del cliente es la rebaja del precio, por cuanto que también en este caso hay una falta de conformidad.

Pese a que según PANTALEÓN no es muy oportuno extender este remedio al arrendamiento de servicios²⁵⁶, lo cierto es que la PMCC consagra en

²⁵⁵ En caso de que el huésped ejercitara la acción resolutoria una vez hubiera comenzado la ejecución del contrato, los efectos del ejercicio de tal acción, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo, serán los siguientes: el huésped no tendría derecho al reembolso íntegro de las cantidades -en caso de que ya las hubiera abonado-, y tampoco quedaría exento de pagar el precio completo -en caso de no haber efectuado todavía el pago-. Conforme a este planteamiento, establece el art. 1204 PMCC lo siguiente: «en la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto». Ahora bien, debemos tener en cuenta que, conforme al principio de la buena fe, el huésped pierde su derecho a resolver el contrato si no practica la notificación dentro de un periodo de tiempo razonable, tras haber conocido o podido conocer el incumplimiento. Así se establece en el art. 9:303 (2) PECL, por lo que el ejercicio de la acción resolutoria por tales incumplimientos no podrá extenderse a aquellos casos en los que el cliente pretende desvincularse del contrato días más tarde de haber tenido conocimiento de aquéllos, al entenderse que en tales casos actúa con mala fe.

los arts. 1197 y 1198 la reducción del precio como un remedio de carácter general, superando el enfoque parcial del vigente Código Civil, «que se limita a reconocer la acción *quanti minoris* en el ámbito del contrato de compraventa, a favor del comprador de una cosa con vicios o defectos ocultos (art. 1486.I CC)»²⁵⁷.

Por tanto, la reducción del precio es un medio de tutela que se activa a favor del cliente que prefiere no resolver -o no puede hacerlo porque no se dan los presupuestos del incumplimiento resolutorio- y que consiste en aceptar una prestación no conforme al contrato a cambio de una reducción proporcional del precio. De este modo se permite al huésped obtener una compensación por el menor valor de la prestación a causa de la falta de conformidad, logrando así la satisfacción de su interés. El cliente conserva la prestación no conforme al contrato y, como consecuencia de ello, el precio se adapta a la nueva situación, reduciéndose debido a la falta de conformidad²⁵⁸.

A esto se añade que este remedio, además de poder ser ejercitado extrajudicialmente -como ocurrirá en el hospedaje-, prescinde por completo de la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, de modo que, aun cuando el establecimiento se encuentre exonerado de responsabilidad por un impedimento ajeno a su esfera de control a la vez que imprevisible, el cliente también podrá reducir el precio²⁵⁹.

Además, este remedio es, al igual que la resolución, compatible con la indemnización de daños; no obstante, dicha compatibilidad es posible siempre que lo que se indemnice sean daños distintos al menor valor de la prestación por falta de conformidad; de lo contrario, el cliente se enriquecería injustamente²⁶⁰.

²⁵⁶ “Las nuevas bases de la responsabilidad...”, pág. 1736.

²⁵⁷ GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato...” pág. 60. En términos muy similares a los arts. 1197 y 1198 PMCC se pronuncia el art. III.-3:601 DCFR y el art. 9:401 PECL.

²⁵⁸ VIDAL OLIVARES, A.: “El incumplimiento y los remedios...”, pág. 260.

²⁵⁹ En sede de viajes combinados, sin embargo, el art. 12 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE establece que el viajero no tendrá derecho a una reducción del precio si el organizador demuestra que la falta de conformidad es debida a circunstancias extraordinarias e inevitables.

²⁶⁰ A tal fin, el art. 1198 PMCC establece lo siguiente: «la parte que ejercite el derecho a la reducción del precio, no puede demandar daños y perjuicios por disminución del valor de la prestación, pero conserva

Por último, también puede ocurrir que se le entregue al cliente una habitación que presente características objetivamente más favorables a lo que contrató en un principio, lo cual tiene lugar, entre otros muchos casos, cuando se le atribuye una *suite* en vez de una habitación estándar; en tales supuestos, la mejora de la posición del huésped no conlleva un incremento en el precio si la atribución de la nueva habitación no es a petición del cliente, sino por falta de disponibilidad, de organización, o incluso por un supuesto de fuerza mayor.

- Incumplimiento total del deber de prestar determinados servicios del hotel tales como el servicio de aparcamiento, piscina, gimnasio o restaurante. En tales supuestos hay que diferenciar entre los servicios que van incluidos en el precio de la habitación, como ocurre con la piscina y generalmente con el gimnasio, y aquellos otros que se pagan por separado, lo que sucede normalmente en el caso del aparcamiento o del restaurante.

Con respecto al incumplimiento de los primeros, creemos que el huésped dispone en todo caso de la acción resolutoria, fundamentando su viabilidad no solamente en el hecho de que acudir a tal remedio revela la gravedad que para el huésped tiene ese incumplimiento, sino también en el carácter esencial que desde un punto de vista objetivo revisten tales servicios. No obstante, puede asimismo ocurrir que el cliente no desee desvincularse del contrato ya que, pese al incumplimiento, su interés en la prestación no ha decaído por completo; en estos casos, el remedio indemnizatorio y la reducción del precio se presentan como las mejores alternativas, siempre que se den los presupuestos a los que hacíamos referencia en páginas anteriores.

Por su parte, si el incumplimiento tiene lugar con respecto a servicios que el huésped paga de forma independiente al precio de la habitación, el panorama resulta un poco más difuso. En primer lugar, con respecto al posible ejercicio de

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

la acción resolutoria, creemos que se trata de un remedio que el cliente podrá ejercitar siempre que su interés en la prestación decaiga; por tanto, pese a tratarse de servicios cuyo precio no está incluido en el de la habitación, no hay duda de que los mismos pueden tener un carácter esencial para el huésped; así, si el hotel incumple cualquiera de ellos y dicho incumplimiento frustra las legítimas expectativas del cliente, qué duda cabe de que podrá resolver el contrato de forma inmediata. Sin embargo, más dudas puede generar la posibilidad de que el cliente ejercite la acción de reducción del precio, máxime si tenemos en cuenta que éste se estaría reduciendo por el incumplimiento de una prestación cuyo coste no va incluido en él. No obstante, y teniendo en cuenta que el remedio indemnizatorio no siempre será posible en tales casos, parece injusto privar al cliente de remedio en los supuestos en los que no desee resolver y se produzca un incumplimiento de este tipo. Así, creemos que la mejor opción con la que cuenta el huésped en tales supuestos, siempre que su propósito sea quedar vinculado al contrato, es solicitar una reducción del precio.

- Faltas de conformidad producidas o detectadas por el huésped cuando ya ha tomado posesión de la habitación, tales como una limpieza deficiente, ruidos o molestias provocadas por otros huéspedes o funcionamiento intermitente de la red wifi. En tales supuestos volvemos a estar frente a incumplimientos que pueden dar lugar a una amplia variedad de remedios entre los que se encontrará de nuevo -siempre que se den sus presupuestos- la resolución contractual.

En primer lugar, en estos casos, el huésped podrá hacer uso de la acción de cumplimiento contemplada en el art. 1124 C.c.²⁶¹ De este modo, ante una insatisfacción del derecho de crédito por inejecución total, parcial o defectuosa de la prestación adeudada, el acreedor dispone de una pretensión que puede hacer valer judicial o extrajudicialmente y que está dirigida a obtener

²⁶¹ Este remedio también se encuentra recogido en los artículos 1192-1196 PMCC y en los arts. III.-3:301 a III.-3:303 DCFR; por su parte, los PECL dedican los artículos 9:101 a 9:103 al derecho al cumplimiento. Éstos últimos siguen la tradición jurídica continental desde el mismo momento en que conceden al acreedor una pretensión de cumplimiento. Por su parte, en el *Common law* inglés el acreedor cuyo deudor incumple tiene que acudir esencialmente a una acción de daños y perjuicios y, solamente en casos muy excepcionales, puede solicitar *specific performance*. ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho...*, págs. 126 y 127. Asimismo, DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A.: *Los principios del Derecho...*, pág. 333 y PANTALEÓN PRIETO, F.: “Las nuevas bases de la responsabilidad...”, pág. 1728.

exactamente la prestación debida²⁶². Esto nos lleva a considerar que dicha pretensión de cumplimiento puede ser igualmente ejercitada frente a los incumplimientos anteriormente analizados; sin embargo, lo cierto es que su utilidad en aquellos supuestos puede ser discutida. Así, si al cliente no se le hace entrega de la habitación que contrató, o se le entrega una habitación que presenta unas características distintas a lo pactado, o no puede disponer el huésped de alguno de los servicios ofertados, esto se deberá en la mayor parte de las ocasiones a un suceso que hace imposible la satisfacción del acreedor, resultando de este modo la acción de cumplimiento ineficaz como remedio frente al incumplimiento. No obstante, las faltas de conformidad que en este apartado analizamos sí pueden ser efectivamente subsanadas a través del ejercicio de tal acción, constituyendo en estos casos la pretensión de cumplimiento un medio útil para el huésped, siempre y cuando sea ejercitada por el cliente tempestivamente²⁶³.

En definitiva, analizando la pretensión de cumplimiento desde la perspectiva que nos interesa, podemos decir que se trata de un remedio del que el huésped dispone si lo que desea es la realización de la prestación o conducta incumplida. Asimismo, dicho remedio podrá ser ejercitado ante cualquier tipo de

²⁶² En cuanto a los rasgos distintivos de la pretensión de cumplimiento conviene traer a colación esencialmente dos de ellos: en primer lugar, su carácter independiente con respecto al tipo de incumplimiento y, por otro lado, la equivocada necesidad de calificar la pretensión de cumplimiento como un remedio prioritario frente al resto. Con respecto al primer rasgo, creemos, junto a GÓMEZ CALLE y PANTALEÓN, entre otros, que, pese a ser el incumplimiento inimputable, es posible el ejercicio de la pretensión. GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato...”, pág. 55. PANTALEÓN PRIETO, F.: “Las nuevas bases de la responsabilidad...”, pág. 1729. Por tanto, creemos inadecuado el planteamiento que al respecto hacen los PECL al establecer en el art. 8:101 que si el incumplimiento es excusable, el acreedor no dispone de la pretensión de cumplimiento. Es cierto que si el incumplimiento es inimputable -ocasionado por un supuesto de fuerza mayor-, es difícilmente probable que el cumplimiento pueda llevarse a cabo; sin embargo, dicha dificultad evidente no puede servir para no proporcionar al acreedor en estos casos la pretensión de cumplimiento, debido a que ésta puede seguir resultando útil en determinados casos. En segundo lugar, con respecto al carácter prioritario o no de la pretensión de cumplimiento, es menester decir que no se establece en los textos legales a los que venimos haciendo referencia un orden de prioridad entre los remedios. De este modo, «el cumplimiento en forma específica no se prevé uniformemente y con carácter general como el remedio prioritario y preferente, tanto frente al contratante incumplidor como frente al contratante insatisfecho, en todos los casos de incumplimiento contractual». GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento contractual...”, pág. 18.

²⁶³ Tanto los PECL como el DCFR hacen alusión al ejercicio tempestivo de la pretensión de cumplimiento. Por lo que respecta al DCFR, el art. III.-3:302 (4) prevé la pérdida de la pretensión de cumplimiento cuando el acreedor no la hace valer tempestivamente, esto es, cuando no reclama en un tiempo razonable después de haber tenido conocimiento del incumplimiento. Con idéntico criterio se pronuncia el art. 9.102 (3) PECL, de acuerdo con el cual la parte insatisfecha perderá el derecho al cumplimiento específico si deja de exigirlo dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido conocimiento del incumplimiento, o debiera haberlo tenido.

incumplimiento que sufra el cliente, y con su ejercicio, que será extrajudicial - puesto que el ejercicio de la acción de cumplimiento ante los Tribunales carece de virtualidad práctica en el hospedaje por ser éste un contrato sometido a término esencial-, se permite la conservación del negocio jurídico. Además, nada impide que el huésped que pretende el cumplimiento compagine dicha pretensión con la indemnización de daños en los casos en los que se den sus presupuestos legales.

En segundo lugar, nos planteamos la viabilidad de la acción resolutoria para tales supuestos. Así, si el cliente padece una ejecución defectuosa, consistente por ejemplo en el funcionamiento intermitente de la red wifi, ¿podrá resolver el contrato de hospedaje? ¿En todo caso? Pese a que con anterioridad hemos expuesto la obvia vinculación que existe entre el ejercicio de la acción resolutoria y la frustración del interés del acreedor, no puede convertirse este remedio en un instrumento utilizado abusivamente, bastándole al huésped alegar cualquier incumplimiento insustancial para desvincularse del contrato; por tanto, la acción resolutoria tendría cabida frente a tales incumplimientos solamente en aquellos supuestos en los que con anterioridad a su ejercicio el huésped ha solicitado el cumplimiento de la prestación y este no se ha llevado a cabo²⁶⁴, a no ser, claro está, que el incumplimiento presente las características del incumplimiento resolutorio desde el inicio, en cuyo caso la acción resolutoria no tiene que venir acompañada del previo ejercicio de la acción de cumplimiento²⁶⁵.

²⁶⁴ Siguiendo las tendencias legislativas más modernas, debemos atender al artículo 1200 (1) PMCC, según el cual «en caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad». Por su parte, los PU, los PECL y el DCFR también se refieren a la posibilidad de resolver el contrato en casos de retraso no esencial cuando el deudor no cumpla en el plazo adicional fijado por el acreedor -aunque dichos textos no hacen referencia alguna a la falta de conformidad-. Esta posibilidad explica la tendencia que existe a apreciar cierta flexibilización del requisito de la gravedad. En esta línea, los Principios *Acquis* no exigen expresamente el incumplimiento esencial para optar por el remedio resolutorio, sino que atienden a la razonabilidad o no del mantenimiento del vínculo obligatorio para el acreedor insatisfecho. Así, establece el art. 8:301 en su primer párrafo que «el acreedor no tiene derecho a resolver el contrato si la prestación insuficiente del deudor equivale a un incumplimiento de escasa entidad». El segundo párrafo añade que «el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por incumplimiento, si no es razonable esperar que el acreedor quede vinculado por el contrato, debido especialmente al tipo de incumplimiento o a la naturaleza de la obligación». Así las cosas, ¿para qué hacer referencia a la exigencia de la esencialidad del incumplimiento si es posible resolver siempre que éste no sea de escasa importancia, aunque en tales casos sea preciso que el acreedor proporcione al deudor un plazo razonable para cumplir?

²⁶⁵ Por ejemplo, esto puede ocurrir cuando el cliente ha sufrido tales molestias y ruidos durante la primera noche de estancia en el hotel que le han provocado un deseo inmediato de desvincularse del contrato, al quedar su interés en la prestación frustrado por completo.

Resumiendo, se puede optar por resolver el contrato siempre que el incumplimiento no sea de escasa entidad, lo que ocurre por ejemplo cuando se le sirve al huésped un menú que difiere mínimamente del contratado por él en un principio²⁶⁶; ahora bien, si la falta de conformidad está originada por un incumplimiento que no es esencial, el remedio resolutorio solamente puede ejercitarse una vez que haya transcurrido el plazo adicional que el deudor tiene para cumplir que, por otra parte, será ínfimo en el hospedaje, dadas sus características.

Seguidamente, nos preguntamos asimismo por la posibilidad de ejercitar ante estas faltas de conformidad la *exceptio non adimpleti contractus*²⁶⁷. Mientras que en los demás casos de incumplimiento analizados hasta el momento se exceptúa la posibilidad de suspensión de pago por ser contrario su ejercicio a la buena fe -ya que el cliente desde el primer momento conoce el incumplimiento y si sigue vinculado al contrato es porque lo ha aceptado, aun teniendo la posibilidad de ejercitar otros remedios-, algunos de los supuestos a los que en este momento hacemos referencia son bien distintos. Así, por ejemplo, ¿podría el cliente valerse de la *exceptio* en aquel caso en el que el cliente se ha sentido continuamente molesto por fuertes ruidos provocados por otros clientes? Imaginemos que tal huésped ha dado parte diariamente al establecimiento de las molestias señaladas, haciendo caso omiso el hotel de tales quejas. En tales supuestos, una vez finalizado el hospedaje ¿podría el cliente suspender el pago ejercitando la excepción de cumplimiento? En este sentido, la jurisprudencia ha sido constante en su negativa de aceptar la validez de la suspensión de la obligación de pago cuando el defecto de la prestación adversa carezca de suficiente entidad o se trate de una prestación accesoria o complementaria. Así, «el demandado o requerido de pago sólo puede suspender

²⁶⁶ Que frente a incumplimientos de escasa entidad no pueda ejercitarse la acción resolutoria no implica que no puedan ejercitarse otros remedios que no precisan del requisito de la gravedad, tales como la indemnización de daños.

²⁶⁷ El artículo 1191 PMCC hace alusión a la *exceptio non adimpleti contractus* en los siguientes términos: «en las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento». Asimismo, el artículo III.-3:401 DCFR, el art. 9:201 de los PECL y el art. 1:112 PEL SC.

el cumplimiento si la obligación incumplida de la otra parte es de la suficiente entidad para que dicho incumplimiento pudiera ser caracterizado como un incumplimiento *esencial*»²⁶⁸. Ahora bien, tratándose de un incumplimiento grave, como sucede en el caso de nuestro ejemplo, ¿sería viable su ejercicio? Teniendo en cuenta las características del hospedaje, en el que el precio puede ser pagado al finalizar la estancia, o bien anticipadamente, la *exceptio non adimpleti contractus* no resulta útil, ya que su ejercicio no conlleva la eliminación de la obligación de pago sino solamente su aplazamiento.

De este modo, frente a tales incumplimientos, creemos más idóneo el ejercicio de otros remedios, tales como la reducción del precio y la indemnización de daños y perjuicios, siempre que se den los presupuestos que los distinguen.

Finalmente, y al margen ya del análisis de cualquiera de los incumplimientos analizados, hemos de señalar dos cuestiones que no escapan a nuestro interés. En primer lugar, la imposibilidad de ejercitar cualquiera de los remedios estudiados si el daño ha sido provocado por la propia conducta no razonable del cliente²⁶⁹. Así, por ejemplo, si el huésped solicita el servicio de lavandería del hotel sin avisar de que las prendas necesitan un lavado especial, se entiende que ha contribuido al incumplimiento de tal forma que no merece indemnización por parte del establecimiento²⁷⁰; en segundo lugar, la importancia que tiene no confundir estos remedios legales con las ofertas o compensaciones que se ofrecen al cliente por estas causas. Así, hemos de señalar que a pesar de que los medios de tutela que venimos analizando son los que los textos legales

²⁶⁸ CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de...*, pág. 1056.

²⁶⁹ En este sentido, establece el art. 9:504 PECL que «cuando el perjudicado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento». Dicho precepto contiene el principio de que el acreedor no puede obtener indemnización en la medida en que el daño haya sido causado por su propia conducta no razonable. DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A.: *Los principios del Derecho...*, pág. 382.

²⁷⁰ La regla es clara, y no solamente aplicable al remedio indemnizatorio. Así, el art. 1188.II PMCC dispone que «nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque». De este modo se priva al acreedor que sufre el incumplimiento de disponer de cualquier remedio en caso de que sea su propio comportamiento el que ha motivado el incumplimiento frente al cual ahora solicita protección. No obstante, en ocasiones, en cambio, el incumplimiento puede imputarse al comportamiento de ambos contratantes. En estos casos ha de discernirse de qué remedios concretos dispone el acreedor y en qué medida puede invocarlos. Se dice que en estas ocasiones existe una *limitación* de los remedios. FENOY PICÓN, N.: «La modernización del régimen del incumplimiento...», pág. 93.

ponen a disposición del acreedor en caso de incumplimiento, al margen de dichos remedios, pueden resultar útiles otras alternativas que no se asemejan a ninguno de ellos. Teniendo en cuenta las características del hospedaje, en caso de que el establecimiento incumpla, éste puede ofrecer al cliente determinadas prestaciones de forma gratuita u ofrecerle el disfrute de días gratis en ese o en otro establecimiento; no obstante, quedará a potestad del huésped aceptar las ofertas que el hotel le haga o hacer uso de los remedios que el ordenamiento pone a su disposición. Ahora bien, si estas compensaciones son aceptadas por el cliente y se entiende que tienen un efecto novatorio, es claro que no puede ya hablarse de incumplimiento, ni activarse sus remedios.

IV. El incumplimiento de las obligaciones del huésped.

Como hemos señalado en epígrafes anteriores, las obligaciones del cliente son el pago del precio, restituir la habitación en el momento acordado y respetar las normas del establecimiento; de este modo, dedicaremos este apartado exclusivamente al análisis de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de las obligaciones mencionadas.

En lo que respecta al pago del precio, es bastante infrecuente imponer esta obligación con anterioridad al comienzo del contrato. No obstante, si el pago ha de ser efectuado con anterioridad al comienzo del contrato y no se lleva a cabo, podrá el establecimiento hotelero resolver el mismo debido al incumplimiento por parte del cliente de su obligación de abonar la cantidad estipulada. Esta resolución solamente tendrá efectos liberatorios, ya que el efecto restitutorio, al no existir nada que restituir, carece de virtualidad práctica. También podrá el establecimiento hotelero resolver el contrato si el cliente ingresó una cantidad menor a la acordada, o si no realiza el ingreso en el tiempo estipulado para ello²⁷¹; por otro lado, ¿qué sucede en aquellos supuestos en los que, una vez finalizado el contrato, el cliente no paga la cantidad a la que viene obligado? Así, si la obligación de pago debe realizarse, como suele acontecer en la

²⁷¹ En estos casos en los que el establecimiento impone al cliente la necesidad de abonar la cantidad estipulada -o un porcentaje del precio total- con anterioridad al comienzo de la ejecución del contrato, nos preguntamos si realmente el contrato ha llegado a existir o si, por el contrario, el hotel, al exigir el pago anticipado para considerar reservada la habitación, está imponiendo un requisito de celebración del contrato.

práctica, una vez haya *terminado* el contrato, el incumplimiento por el viajero de su obligación principal dará lugar a que el establecimiento pueda ejercitar la pretensión de cumplimiento contemplada en el art. 1124 C.c.²⁷².

Por otro lado, dicho incumplimiento puede generar responsabilidad penal por un delito de estafa, si concurren los elementos típicos de este delito»²⁷³.

Además, en tales casos, en los que el cliente no abona el precio del hospedaje, si el hostelero pretende cobrar las deudas derivadas del contrato, se le reconoce un derecho de cobro preferente recogido en el art. 1922.5 C.c. En dicho precepto se ha visto una contrapartida a la responsabilidad impuesta al hostelero en caso de incumplimiento del deber de custodia reflejado en los arts. 1783 y 1784 C.c., así como también una consecuencia lógica del contrato de hospedaje, en el que el empresario se ve obligado a contratar con personas a las que desconoce, arriesgándose a que no sean solventes e incumplan su obligación de pago²⁷⁴. No obstante, también se ha hecho eco la doctrina de la escasa utilidad práctica de este artículo, ya que la preferencia se establece únicamente con respecto a los bienes que se encuentren dentro del establecimiento hotelero²⁷⁵.

²⁷²A ella hace referencia el art. 1192.1 PMCC que, haciendo alusión a las obligaciones dinerarias, establece lo siguiente: «el acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento». Con criterio similar se pronuncia el art. 9:101 (1) PECL, según el cual el acreedor tiene derecho a reclamar el pago de una deuda de dinero exigible. Además, el ejercicio de la acción de cumplimiento podrá venir acompañado, siempre que se demuestren los daños, de la correspondiente indemnización.

²⁷³REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 53. Así, la STS de 3 de abril de 2001 establece que: «no todo incumplimiento contractual lleva aparejado un delito de estafa, sino precisamente es todo lo contrario: la infracción criminal únicamente nacerá a la vida jurídica cuando el sujeto activo del expresado delito, con anticipada conciencia de que no podrá llevar a cabo la contraprestación a la que se haya obligado, construya ficticiamente las condiciones objetivas para que, aparentando una solvencia de la que carece, induzca al sujeto pasivo a realizar un determinado desplazamiento patrimonial» tal y como sucede en el supuesto enjuiciado, en el que los demandados, «actuando de común acuerdo como socios y propietarios de la empresa (...), aparentando una solvencia económica de la que carecían y diciendo que eran de la empresa (...) contactaron con la dueña del hostal-bar-restaurant (...) con la finalidad de que diversos trabajadores de la citada empresa quedasen alojados en su hostal y acudiesen a comer». También la SAP de Barcelona de 8 de junio de 2006 hace referencia a este asunto al manifestar lo siguiente: «en el presente caso la conducta engañosa consiste en la apariencia de solvencia y seriedad derivada del simple hecho de la solicitud de hospedaje sin intención de su abono posterior, como así ha sido reconocido en supuestos análogos por reiterada jurisprudencia de la que es ejemplo la STS de 2 de marzo de 1990, ya que la solicitud de hospedaje presupone una capacidad económica en el peticionario, por lo que la contratación del hospedaje, sabiendo que no lo va a pagar, aprovechando la no comprobación inicial de solvencia, que constituye el sistema habitual de admisión al uso de los servicios hoteleros, que se prestan en la confianza de que su solicitud lleva implícita el compromiso de pago, debe ser considerado como engaño implícito bastante para la apreciación del delito de estafa».

²⁷⁴ GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 1922...», pág. 715.

²⁷⁵ LÓPEZ PELÁEZ, P.: «El crédito preferente...», pág. 1178.

Sin embargo, pese a ser la pretensión de cumplimiento el remedio más útil con el que cuenta el hotel en caso de que el huésped no cumpla con su obligación de pago, en la práctica es muy usual que los establecimientos exijan al cliente a su llegada una tarjeta de crédito como medio para garantizar el pago. De esta forma, la tarjeta de crédito del viajero se presenta como el instrumento idóneo para asegurar a los contratantes la realización efectiva del contenido del contrato de hospedaje, así como la responsabilidad prevista para el caso en el que el contrato se incumpla.

También puede ocurrir que lo que no abone el cliente a su salida sean determinados servicios cuyo cómputo -de no ser el propio cliente quien avisa del consumo de los mismos- solamente es posible realizar con posterioridad. Nos estamos refiriendo a llamadas telefónicas de última hora, servicio de minibar y otros similares. En estos casos, la tarjeta de crédito que se le exige al cliente a su llegada -o incluso en el momento de formalización del contrato-²⁷⁶, vuelve a considerarse el mecanismo más apropiado para hacer frente a los casos de incumplimiento de la obligación de pago de tales servicios, siempre y cuando la tarjeta sirva para cubrir las cantidades adeudadas.

Finalmente, el art. 1967.4 C.c. se refiere a la prescripción especial de la acción para el cobro de las deudas que provienen de este contrato, que será de tres años. De este modo, el precepto señala que por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de la obligación 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».

En cuanto a los remedios de que puede hacer uso el hotel en el caso de no restituirse la habitación por el cliente en la fecha prevista -siempre que el establecimiento no haya aceptado una prórroga del contrato-, se reducen a la indemnización de daños y perjuicios, constituyendo esta la única vía que puede mitigar el daño causado por el cliente que no restituye a tiempo; todo ello sin perjuicio de la posibilidad teórica, aunque de escasa utilidad práctica, de ejercitarse por el hotel una acción posesoria para recobrar la posesión.

²⁷⁶ Exigir una tarjeta de crédito en el momento de formalización del contrato sirve de garantía también para aquellos casos en los que el huésped ni siquiera se presenta en el establecimiento. En tales supuestos, la práctica habitual de los hoteles suele ser cobrar la primera noche de alojamiento.

Por último, si el huésped hace caso omiso de las normas impuestas por el establecimiento, el hotel dispone de distintas vías que pueden ir desde la pretensión de cumplimiento a la resolución contractual. Además, en determinados casos, y siempre que se den sus presupuestos, el incumplimiento de tales indicaciones podrá originar el deber de indemnizar.

CAPÍTULO VI. LA RESPONSABILIDAD DEL HOSTELERO EN EL CÓDIGO CIVIL.

I. Consideraciones generales.

- a) El planteamiento del derecho codificado: la regulación de la responsabilidad del hostelero dentro de las normas sobre depósito necesario.

El Código Civil dedica los artículos 1783 y 1784 a regular el régimen de responsabilidad del hostelero, quien responderá como depositario por los efectos de los viajeros introducidos en el establecimiento; al margen de dichos preceptos, el Código no destina ningún otro artículo a la referida cuestión, por lo que trataremos de analizarlos minuciosamente, poniéndolos asimismo en relación con las normas encargadas de regular la responsabilidad del fondista en los distintos Códigos europeos²⁷⁷.

En primer lugar, de entre todas las cuestiones que merecen ser analizadas, la primera a la que prestaremos atención es a la polémica calificación del depósito que de sus efectos hacen los huéspedes como depósito necesario. Así, el artículo 1783 C.c. establece lo siguiente: «se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos».

La mayor parte de los autores critican la calificación como depósito necesario en tales supuestos por una razón que no compartimos: según este amplio sector doctrinal, considerar depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en los

²⁷⁷ Aunque con algunas variaciones -la mayor parte de ellas relativas a la limitación de la responsabilidad del hostelero-, los distintos Códigos europeos poseen una regulación similar a la ofrecida por el Código Civil español. Si bien es cierto que algunos de estos Códigos contienen una normativa más detallada, como ocurre por ejemplo en el Código Civil alemán, no menos cierto es que la esencia del contenido de sus preceptos guarda similitud con lo establecido por los arts. 1783 y 1784 C.c. De este modo, tanto los mencionados preceptos, como sus equivalentes -§701-§704 BGB, los artículos 1783-1786 del *Codice Civile* y los artículos 1952-1954 del *Code* francés-, establecen parámetros semejantes a los que iremos haciendo alusión paulatinamente a lo largo del presente capítulo.

hoteles tenía su lógica cuando los huéspedes podían beneficiarse del régimen probatorio que se le reconocía al depositante en el depósito miserable²⁷⁸, y que admitía la prueba por testigos²⁷⁹; pero actualmente, desaparecidos dichos beneficios probatorios, la equiparación carece de fundamento.

Sin embargo, este argumento no tiene en cuenta que por depósito necesario se entiende, en virtud del art. 1781 C.c., no solamente el que tiene lugar con ocasión de alguna calamidad como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes, sino también el que se hace en cumplimiento de una obligación legal, y ¿acaso se puede discutir que el hostelero tiene un deber de custodia derivado de una obligación legal impuesta por los artículos 1783 y 1784 C.c.? En ese sentido, creemos que el hostelero no puede unilateralmente, y con carácter general, desentenderse del deber de custodia de los equipajes y efectos de los clientes, y ello porque de este modo se frustraría el fin perseguido con el contrato de hospedaje, pues es claro que mediante este contrato no se persigue únicamente obtener un alojamiento, sino también una serie de servicios

²⁷⁸ Siguiendo a GARCÍA GOYENA, es depósito necesario el que se hace por una necesidad, desgracia o peligro inminente, o actual, y que de otro modo no se haría, así es que rigurosamente no hay elección de depositario, y se confía la cosa al primero que se encuentra. *Concordancias, motivos...*, pág. 878. En idéntico sentido ESPÍN CÁNOVAS, para quien el depósito necesario o miserable es el que tiene lugar como consecuencia de una catástrofe, teniendo que constituirse bajo el imperio de la necesidad y sin posibilidad de elegir a la persona del depositario. *Manual de Derecho...*, pág. 707. En el depósito necesario la obligación de depositar viene impuesta por la situación de urgencia o necesidad inherente a las calamidades. ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil...*, pág. 662.

²⁷⁹ Según la doctrina, con respecto a la calificación del depósito de los efectos de los huéspedes como necesario, la única razón que la explicaba se encontraba en haberse limitado el legislador español, debido a la enorme influencia que el Código Napoleónico tuvo en el resto de los Códigos europeos del s. XIX, a copiar el texto del Código Civil francés de 1804, por lo que resulta imprescindible averiguar qué llevó al legislador del país vecino a incluir este supuesto dentro de la categoría de depósito necesario. Al parecer, su intención era bien sencilla: se entendió que si el viajero sufría daños en sus bienes durante su estancia en el hotel encontraba unas dificultades enormes tanto para probar la introducción del equipaje, como su pérdida; a su vez, el *Code* francés concede validez a la prueba por testigos en el depósito necesario, debido principalmente a que cuando se lleva a cabo un depósito de esta clase no hay tiempo ni libertad de proporcionar la prueba escrita como ocurre en el voluntario, y su falta puede achacarse a negligencia del deponente. GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos...*, pág. 878. Por tanto, la finalidad era obvia: se incluye la responsabilidad dentro de la disciplina del depósito necesario con el fin de permitir a los viajeros beneficiarse del régimen probatorio reconocido al depositante en el depósito miserable. LAURENT, F.: *Principii di Diritto...*, pág. 180. Conforme a ello, en nuestro país, el artículo 1687 del Proyecto de GARCÍA GOYENA establecía que «en el depósito necesario se admite la prueba por testigos, aunque se trate de cantidad de cien o más duros». Por su parte, el artículo 1909 del mismo texto decía: «los Tribunales deben ordenar el apremio personal a instancia de los interesados: 1) Para la devolución del depósito necesario y del secuestro». Sin embargo, en el Anteproyecto del Código Civil (1882-1889) queda suprimido el artículo 1687 del Proyecto de 1851, así como también en la redacción definitiva del Código. Así las cosas, en el actual Código Civil de 1889, no sólo desaparecen los beneficios probatorios de los depósitos necesarios, sino también el apremio personal. Es por esta razón por la cual la mayor parte de nuestra doctrina coincide en afirmar que la calificación como necesario del depósito que de sus objetos hacen los huéspedes es un residuo histórico.

relacionados con él, entre los cuales posee una especial relevancia la custodia de los objetos del huésped²⁸⁰.

Sin embargo, pese a la literalidad del precepto señalado (art. 1781 C.c.), también nosotros discrepamos en calificar como depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en los hoteles, aunque por razones diversas. Al no existir entrega por parte del viajero -cuando los efectos son meramente introducidos-, ni aceptación por parte del *fondista* -quien muy probablemente desconoce la introducción de los objetos-, parece razonable que existan dudas acerca de la existencia de un verdadero contrato de depósito. «La expresión “se reputa también depósito necesario” (...) contiene una ficción: la de “considerar” o “asimilar” al depósito necesario una figura que ni tan siquiera es depósito»²⁸¹.

Es decir, aunque de la literalidad del art. 1781 C.c. se desprende que es depósito necesario el que se hace en cumplimiento de una obligación legal -y el hostelero tiene un deber legal de custodia derivado de los arts. 1783 y 1784 C.c.-, lo cierto es que el hecho de no existir ni tan siquiera entrega cuando se trata de objetos meramente introducidos, nos hace cuestionarnos la calificación misma de depósito.

Por tanto, frente a los defensores de la tesis de depósito, la opinión más extendida actualmente, de claro origen germanista, y con la que estamos de acuerdo,

²⁸⁰ A esto se añade, además, que en virtud del art. 1782.1 C.c., el régimen jurídico del depósito necesario que se hace en cumplimiento de una obligación legal y el del depósito voluntario es distinto. Así, señala este precepto lo siguiente: «El depósito comprendido en el número 1.º del artículo anterior -el que se hace en cumplimiento de una obligación legal-, se regirá por las disposiciones de la ley que lo establezca, y, en su defecto, por las del depósito voluntario».

²⁸¹ BADOSA COLL, F.: “Comentario al artículo 1783”, pág. 1697. Como ya afirmara GARCÍA GOYENA en su comentario al artículo 1689 del Proyecto de 1851 «ni en el Derecho romano ni en el patrio se consideraba esto como un auténtico depósito, sino más bien como un cuasicontrato o arriendo». Exactamente, si el depósito es un contrato real que se perfecciona con la entrega, ¿cómo hemos de considerar que el *fondista* es depositario de efectos que no ha recibido, es decir, que no le han sido entregados materialmente? *Concordancias, motivos...*, pág. 879. Del mismo modo HERNÁNDEZ GIL, para quien 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 solamente se le dará conocimiento del hecho de haberse producido la introducción de tales efectos. «Por ello, la responsabilidad del *fondista* u hostelero no depende en realidad de la existencia de un contrato de depósito». “Comentario al artículo 1783...”, pág. 1071. Sigue el mismo criterio SERRANO GÓMEZ, quien señala que solamente estamos ante un verdadero contrato de depósito si el viajero entrega las cosas expresamente al titular del establecimiento para que se las custodie y luego se las devuelva. “Comentario al artículo 1783...”, pág. 1929. En idéntico sentido, MAZEAUD, H. / MAZEAUD, L. / MAZEAUD, J.: *Lecciones de Derecho...*, pág. 496 y MORATILLA GALÁN, según la cual el depósito se constituye no por el solo acuerdo de voluntades de las partes de encomendar y aceptar la guarda, sino también por la entrega de la cosa a guardar. “El depósito se constituye...”, págs. 1209 y ss.

defiende que la responsabilidad de los hosteleros por los efectos introducidos por los viajeros en el hotel no se fundamenta en el contrato de depósito cuando no existe entrega de aquéllos²⁸², siendo el fundamento de la responsabilidad en estos casos el contrato de hospedaje existente entre hospedero y cliente²⁸³.

b) La responsabilidad del hostelero: ¿una responsabilidad objetiva?

Tradicionalmente, la responsabilidad por custodia es la que más alejada ha estado siempre de los sistemas de la culpa. Los justinianos quisieron conservar en este ámbito la severidad que el régimen clásico de la custodia significaba para el deudor. De este modo, sin alterar los supuestos y decisiones clásicas, procedieron a colocar como base de la responsabilidad del deudor en la custodia una diligencia particularmente rigurosa: *exactissima diligentia custodientae rei*²⁸⁴.

En cuanto a la responsabilidad del hostelero por los efectos de los clientes, la verdadera causa que dio origen a la necesidad de *agravar* la responsabilidad del fondista fue tanto la *mala fama* y el desprestigio que siempre le han acompañado, como también la necesidad de dar una seguridad a los viajeros. De este modo, ya en el Derecho

²⁸² También la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto; en este sentido, la STS de 11 de julio de 1989 considera que «la responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los arts. 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». En contra de todo lo dicho hasta ahora RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, para quien considerar depósito la introducción de las pertenencias de los clientes en los hoteles puede ser, por otra parte, una muestra de que la obligación de custodia no requiere posesión inmediata en todos los casos, sino que en algunos basta con que las cosas se hallen en la esfera de influencia del empresario; de este modo, «las cosas también se pueden ver al revés, y pensar que no siempre la obligación de custodia requiere una tenencia material del objeto». «La responsabilidad de los hoteleros...», págs. 746 y 747. Distinto es el caso en el que el cliente deposita personalmente sus objetos de valor en recepción; en tales supuestos existe entrega, y por tanto no se discute estar en presencia de un auténtico contrato de depósito.

²⁸³ En contra JORDANO FRAGA, para quien la responsabilidad contractual de los arts. 1783-1784 del Código Civil, ni se funda en un contrato de depósito existente entre hospedero y cliente, ni tampoco en contrato alguno diverso de éste: tampoco en el contrato de hospedaje, que puede no haberse celebrado todavía e, incluso, no llegar a celebrarse nunca, o haberse extinguido ya, sin que ello impida la posible aplicación de los preceptos citados. Por consiguiente «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...». *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, págs. 336 y 337. Sin embargo, según nuestro criterio, el hecho de que la obligación de custodia sea una obligación legal, impuesta por los preceptos señalados, no excluye que dicha obligación también surja del contrato de hospedaje o del contrato de depósito, según los casos. El legislador se ha preocupado de que la obligación de custodia de los efectos del huésped sea una obligación legal, redactando por ello los arts. 1783 y 1784 C.c., sin que ello excluya la existencia de un contrato entre las partes en virtud del cual surge la obligación de custodia. Los preceptos solamente tienen como fin establecer un régimen de responsabilidad específico para este caso concreto, evitando así los inconvenientes de la referencia al depósito o a las reglas generales de responsabilidad, según los casos.

²⁸⁴ JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pág. 52.

Romano, los hosteleros estaban sujetos a una responsabilidad especialmente rigurosa respecto a las cosas recibidas en sus establecimientos; así, respondían de las pérdidas y daños sin más requisito si no conseguían probar que los mismos procedían de fuerza mayor o de culpa del propio viajero²⁸⁵.

Esta mala reputación de la que goza el hostelero y que, junto a razones de menor peso, contribuyeron a establecer la responsabilidad prevista en la ley, se extiende a lo largo de los siglos²⁸⁶; sin embargo, en el año 1889 -el mismo año en que nuestro Código fue aprobado-, se produjo en Francia la primera modificación del Código en materia de responsabilidad de los hosteleros, a través de la ley de 18 de abril de 1889, por la que se modifica el art. 1953 del *Code*, limitando la responsabilidad del fondista, que hasta entonces era ilimitada, a la cantidad de 1000 francos por las monedas y valores no entregados al mismo²⁸⁷. Parece ser que la progresiva desaparición de la mala fama de

²⁸⁵ ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil...*, pág. 660. Del mismo modo PÉREZ SERRANO, para quien la inseguridad de los caminos y los transportes en los últimos tiempos de la República romana, la conocida mala fama de la que gozaban los *caupones*, la necesidad en la que se halla el viajero de confiarse a la buena fe del albergador, sin poder elegir muchas veces, y sin conocer las garantías que haya de ofrecer su persona ni las seguridades que reúna su casa, ni poder defender sus efectos o cosas contra terceros, son causas que bastan a explicar la imposición de una responsabilidad severa. *El contrato de hospedaje...*, pág. 206. Sobre este particular MÚRTULA LAFUENTE, para quien la responsabilidad de fondistas y mesoneros tiene su origen en el Derecho romano, debido, entre otras razones, a la inseguridad de los caminos y de los transportes en aquellos tiempos; a la necesidad de que el viajero confiase en la buena fe del albergador, en la medida en que no tenía la libertad de elección en la mayoría de las ocasiones, ni podía defender sus efectos o cosas contra terceros, por todo lo cual era natural que la ley lo amparase, exigiendo a aquéllos una responsabilidad más rigurosa. *La responsabilidad civil...*, pág. 125. Con idéntico criterio SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “El depósito derivado del hospedaje...”, págs. 375 y ss. Por su parte, según GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, el fundamento de la responsabilidad agravada se centraba en que el viajero no tenía opción y había de confiarse ciegamente en manos del fondista. *Estudios Fundamentales...*, págs. 246 y 247.

²⁸⁶ Aún en el Derecho medieval francés es posible situar antecedentes legales que denotan la *mala fama* de la que gozaban los hosteleros de la época. Así, la Ordenanza del año 1367 del Preboste de París estaba dirigida a «corregir los abusos y malversaciones por los trabajadores de los hoteleros; así por la maldad e insaciable avaricia de algunos de dichos hoteleros los viajeros no pueden portar demasiados objetos, ya que la mayoría de hoteles son un refugio de ladrones y otras gentes de mal vivir».

²⁸⁷En Bélgica, la Ley de 22 de julio de 1887 limita asimismo la responsabilidad del hostelero a 1000 francos por las monedas, títulos y valores de toda clase y objetos preciosos que no sean de uso habitual, cuando el viajero no los deposita realmente en manos del hostelero. Del mismo modo ocurre en Italia con la ley de 12 de octubre de 1919. Cabe destacar que todas las reformas legislativas partidarias de atenuar la responsabilidad del hostelero están dirigidas únicamente a limitar su responsabilidad en los casos de *custodia indirecta*, esto es, cuando se trata de efectos *simplemente introducidos*; mientras que en todos aquellos supuestos de *custodia directa*, a través de la cual el hostelero recibe los efectos del cliente en depósito, la responsabilidad seguirá siendo ilimitada. En este sentido, el régimen europeo uniforme de responsabilidad del hotelero por la pérdida, deterioro o sustracción de las cosas del cliente introducidas en el hotel, se sustancia en la distinción entre responsabilidad limitada e ilimitada. La responsabilidad ilimitada tiene lugar cuando las cosas le han sido entregadas en custodia al fondista, o cuando éste las ha rechazado, teniendo obligación de aceptarlas (básicamente, cuando se trata de objetos de valor: art. 1784 del *Codice Civile*; §702.2 y §702.3 BGB), o sin motivo legítimo (art. 1953.2 del *Code* francés). Además, también se da lugar a la responsabilidad ilimitada cuando, tratándose de cosas introducidas en el hotel y no entregadas, el daño sufrido en las mismas es imputable al hotelero, su familia o sus auxiliares (art. 1785 bis del *Codice Civile*; art. 1953.3 del *Code* francés; §702.2 BGB). En todos los demás casos, la

los hosteleros, unido a la mejora de las condiciones en las que se realizan actualmente los viajes, hizo aconsejable moderar su responsabilidad en los casos de custodia indirecta, es decir, cuando se trata de objetos que han sido meramente introducidos por el huésped en el hotel, sin haber sido depositados con el fin de garantizar su efectiva custodia²⁸⁸.

En la actualidad, desaparecidas por completo las razones históricas que habían respaldado la implantación de un régimen de responsabilidad agravada para el fondista, y a fin de determinar si, como señala la mayor parte de la doctrina, la responsabilidad del hostelero es hoy en día una responsabilidad objetiva, es conveniente exponer cómo

responsabilidad del hotelero por los daños derivados en las cosas del cliente simplemente introducidas, es limitada hasta un máximo de cien veces el importe del alojamiento por día (art. 1783 del *Codice Civile*; art. 1953.3 del *Code* francés y §702 BGB). JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pág. 525.

²⁸⁸ En nuestro Código Civil la responsabilidad es ilimitada en todo caso, no habiendo regla que la limite. «No existe en el ordenamiento jurídico español precepto que establezca un límite en la cuantía de las indemnizaciones de los hospederos por robo o daños causados en los objetos introducidos por los viajeros, ya que se considera una cuestión de hecho que compete solamente su conocimiento a los Tribunales de Justicia, correspondiendo fijar la cuantía al juzgador prudencialmente, según las circunstancias de cada caso y conforme a la exigencia de la equidad». CEBALLOS MARTÍN, M.M., PÉREZ GUERRA, R.: *El contrato turístico...*, pág. 85. En igual sentido MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 96. Sobre este particular, señala JORDANO FRAGA que, pese a no existir en Derecho español una limitación del alcance cuantitativo de la responsabilidad del hospedero, se ha defendido que dicha responsabilidad no puede exceder, en ningún caso, el valor económico de los efectos sustraídos o de los daños causados. “Comentario a la sentencia...”, pág. 373. La razón histórica que explica por qué nuestro Código Civil no contiene, al contrario de lo que ocurre en los restantes Códigos europeos, ningún límite a la responsabilidad del hostelero es sencilla: en el momento en que los codificadores españoles adoptaron la primitiva fórmula del Código napoleónico, Francia se disponía a llevar a cabo la reforma sobre la materia de la responsabilidad, a través de la Ley de 18 de abril de 1889, en la que se establecieron los límites en la cuantía de la responsabilidad del hostelero. MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 87. A esto se añade que el desfase de la normativa del Código Civil español se ha acentuado en los últimos años, como consecuencia, principalmente, de la reglamentación uniforme de esa responsabilidad que se ha producido en el ámbito europeo, al firmarse en París el 17 de diciembre de 1962, el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad de los hoteleros por los objetos de los viajeros introducidos en sus establecimientos, que entró en vigor el 15 de febrero de 1967, y cuyas directrices han sido recogidas por la legislación interna de los países firmantes a través de las oportunas reformas legislativas. Con dicha Convención se pretendía la adopción de un sistema que tratara de armonizar los intereses de ambas partes del contrato, así como equilibrar los intereses del empresario, a quien conviene limitar a un máximo su responsabilidad por las cosas no custodiadas. Sin embargo, pese a no haber ratificado España la Convención, se dictó en nuestro país la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sobre regulación de los establecimientos hoteleros que, indudablemente, pretendía trasladar los logros conseguidos por aquella a nuestro Ordenamiento. A tal fin, se introduce la distinción extendida ya en la mayor parte de las legislaciones extranjeras, entre responsabilidad por custodia directa e indirecta. Sin embargo, «realmente 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 y 1784 C.c., 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 C.c., que exige para el nacimiento de la responsabilidad que el viajero observe las prevenciones que sobre cuidado de los bienes le realice el hotelero». REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 29.

funciona este régimen de responsabilidad, y de dicho funcionamiento extraer las conclusiones oportunas. Para ello, distinguiremos cómo se articula la responsabilidad del hostelero en los supuestos de custodia directa y cómo funciona en los casos de custodia indirecta, cuando no hay entrega específica de los objetos.

- Custodia directa: en tales supuestos los huéspedes pueden exigir responsabilidad por la sustracción o pérdida de objetos que hayan entregado para su custodia, pudiendo exigir al establecimiento la adopción de las medidas necesarias para garantizar el debido cuidado de los bienes depositados. Para hacer efectiva esta responsabilidad al cliente le bastará probar la entrega de los efectos -lo que no será difícil dado que el hostelero le habrá entregado el correspondiente resguardo-. Por su parte, al hostelero le corresponderá probar, en su caso, que la restitución tuvo lugar, o que él no es responsable de la pérdida, lo que ocurrirá cuando esta se deba a un supuesto de fuerza mayor, a culpa del propio viajero o a un vicio propio de la cosa.
- Custodia indirecta: en estos casos los huéspedes también pueden exigir responsabilidad al hostelero por la pérdida de los objetos que permanezcan durante la vigencia del contrato en el ámbito de poder de los propios huéspedes. En tales supuestos la jurisprudencia prescinde del requisito de la puesta en conocimiento, pues interpreta que no es necesaria una comunicación expresa, siendo suficiente que las cosas sean introducidas a la vista del hostelero y no de forma clandestina. Ahora bien, para hacer efectiva esta responsabilidad el cliente deberá probar la introducción de los efectos en el ámbito de control del empresario. Por su parte, el hostelero puede oponerse a esta pretensión probando fuerza mayor o culpa exclusiva del huésped.

Una vez expuesto como funciona este régimen de responsabilidad, conviene detenerse en si ciertamente estamos ante una responsabilidad objetiva, lo cual resulta más complicado de lo que pudiera parecer, debido principalmente a que la expresión «responsabilidad *objetiva*» no siempre se utiliza con el mismo significado. No obstante, en términos generales, se entiende que la responsabilidad objetiva es una responsabilidad sin culpa. ¿Es de este tipo la responsabilidad del hostelero? Según nuestro criterio sí lo es, pero se debe tener en cuenta que defender que estamos en presencia de un régimen de responsabilidad objetiva requiere una argumentación suficiente, al ser la responsabilidad por culpa la regla general en nuestro Derecho.

Además, si consideramos que la responsabilidad por los efectos introducidos por los huéspedes en el establecimiento no se establece en el marco de una actividad anormalmente peligrosa para el propio cliente, lo cual podría justificar el establecimiento de una responsabilidad objetiva, habrá que buscar otras argumentaciones que justifiquen el carácter objetivo de la responsabilidad. Así, creemos que principalmente dos son las razones que nos permiten calificarla de este modo: en primer lugar, que el empresario hostelero no cuenta con los medios suficientes para poder cumplir el exigente canon de diligencia al que debe estar sometido, pues le es imposible controlar una maletas, equipaje o efectos que quedan en poder del propio viajero en todos aquellos casos en los que no existe entrega de los mismos²⁸⁹; en segundo lugar, el hostelero responde de los actos de extraños, y aún por caso fortuito, de manera que su responsabilidad solamente queda excluida en supuestos de fuerza mayor.

Por tanto, consideramos que, al menos en los casos de custodia indirecta, la imputación de los daños al empresario hostelero constituye un riesgo asociado a su propia actividad empresarial, con independencia de que exista culpa por su parte. El empresario realiza una actividad empresarial de la cual se lucra y parece razonable que responda por la pérdida de objetos que están en su ámbito de actuación²⁹⁰.

El hostelero responde entonces de su propia culpa/dolo, de la de sus dependientes y también de la de los terceros extraños a su actividad, limitando sus posibilidades de defensa básicamente a la culpa exclusiva del huésped y a los supuestos de fuerza mayor, incluyendo por tanto la responsabilidad por caso fortuito.

Así las cosas, reconocer el carácter objetivo de la responsabilidad del hostelero es lo más coherente. A ello se añade que la cuestión podría también ser analizada desde el punto de vista de la eficiencia económica. De este modo, si a un empresario hostelero se le dice que únicamente responde en caso de culpa suya o de sus empleados, es posible que esté dispuesto a adoptar unas medidas de seguridad y evitación del daño al menos hasta la cuantía que resulte de multiplicar los daños previsibles por aquella probabilidad de que se produzcan; sin embargo, si el empresario sabe que tendrá que

²⁸⁹ Esto sería posible con respecto a los objetos que han sido entregados para su efectiva custodia, pero ¿cómo aplicarlo al resto de efectos de los viajeros?

²⁹⁰ En los casos de custodia directa el hostelero sí cuenta con los medios suficientes para poder cumplir la diligencia que le es exigible, ya que los efectos permanecen bajo su control. En estos casos, será prácticamente imposible que tenga lugar un caso fortuito. Así, todo lo que no responda a un comportamiento culpable del empresario, constituirá un supuesto de fuerza mayor que le eximirá de responsabilidad.

asumir incluso los daños derivados del caso fortuito, gestionará el daño de una forma más eficiente. Así, percibiendo el hostelero que la ley le imputa una responsabilidad objetiva derivada simplemente del hecho de ser titular de un establecimiento hotelero, como un riesgo propio de su actividad, lo gestionará contratando un seguro de responsabilidad civil, considerándolo un coste de producción más y repercutiéndolo en el precio final del servicio, de manera que el coste de la prima sea distribuida entre los huéspedes que se alojen en su establecimiento.

c) Naturaleza de los artículos 1783 y 1784 C.c.: ¿imperativa o dispositiva?

Una de las cuestiones que más dudas ha generado a la doctrina es aquella que trata de determinar cuál es la verdadera naturaleza de los preceptos objeto de estudio, esto es, si las partes del contrato no pueden prescindir del contenido de lo dispuesto en los artículos 1783 y 1784 C.c. o, por el contrario, dicho contenido está supeditado al principio de autonomía de la voluntad.

Tanto en Italia como en Alemania no hay lugar para la discusión. Así, el art. 1785 quater del *Codice Civile* establece que son nulos los pactos o las declaraciones tendentes a excluir o limitar preventivamente la responsabilidad del hostelero; por su parte, siguiendo un criterio similar, el §702 a) BGB señala que únicamente puede renunciarse a la responsabilidad del posadero por adelantado en tanto que exceda la cuantía máxima estipulada en el §702.1²⁹¹. Sin embargo, ni en Francia ni en España el problema queda resuelto con tanta facilidad. De este modo, mientras el *Code* francés señala en el último párrafo del artículo 1953 que la responsabilidad del hostelero - solamente en los casos de custodia indirecta- queda limitada al equivalente de 100 veces el precio de la habitación por día²⁹², *con exclusión de límite inferior convencional*²⁹³, nada se dice al respecto en nuestro Código Civil, lo cual resulta lógico si tenemos en

²⁹¹ El carácter imperativo de los preceptos es fruto de lo dispuesto en la Convención europea sobre responsabilidad de los hosteleros, firmada en París el 17 de diciembre de 1962 y cuya entrada en vigor tiene lugar el 15 de febrero de 1967, ya que las directrices del citado Convenio han sido recogidas uniformemente por la legislación interna de los países firmantes a través de las oportunas reformas legislativas. Concretamente, según el artículo 6 de la Convención, son nulas e ineficaces las declaraciones unilaterales del hostelero y los posibles pactos con el cliente tendentes a excluir la responsabilidad o limitarla.

²⁹² En los casos de custodia directa la responsabilidad es ilimitada.

²⁹³ Los comentaristas al Código francés se plantearon la admisibilidad o no, en materia de depósito hotelero, de pactos modificativos de responsabilidad. En este sentido, aunque entendieron que dichos pactos no podían suponer una exoneración por culpa grave o dolo, y que era absolutamente necesario contar con el consentimiento de ambas partes, se admitía tal posibilidad cuando hubiera habido consentimiento expreso y el cliente tuviera la posibilidad de recurrir a otro establecimiento. PONT, P.: “Des petits contrats...”, pág. 245.

cuenta que nuestros preceptos fueron copiados del Código Napoleónico de 1804, y que no han sido modificados posteriormente, como sí ha ocurrido en Italia, Francia o Alemania, cuyos artículos referentes a tal cuestión son fruto de reformas posteriores.

Así las cosas, nos preguntamos lo siguiente: ¿sería válido en el ordenamiento español un pacto entre hotel y cliente a través del cual se negocie la exoneración o limitación de la responsabilidad del hostelero en caso de pérdida o sustracción de objetos? En este sentido, en los contratos con consumidores existe el riesgo de que las cláusulas limitativas de la responsabilidad del hostelero, si no han sido negociadas, puedan ser abusivas. De este modo, el art. 82 del RD 1/2007, señala que «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»²⁹⁴. No obstante, en todos aquellos casos en los que existe verdadera negociación entre las partes, y siempre que dicho pacto no sea contrario a lo dispuesto por el art. 1102 C.c., según el cual la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones, no vemos obstáculo que impida la validez del acuerdo, máxime si el mismo puede resultar beneficioso para el huésped, quien podría preferir, de tener la oportunidad, que el hostelero no respondiese por la sustracción o pérdida de sus objetos a cambio de un menor precio.

d) Ámbito de aplicación de los artículos 1783 y 1784 C.c.

Determinar a qué supuestos concretos se deben aplicar los artículos objeto de análisis ha sido también una cuestión debatida siempre por nuestra doctrina, hasta el punto de que aún hoy no existe un criterio unánime que haya conseguido imponerse. Por esta razón, trataremos en este apartado de aportar nuestro punto de vista acerca de cuál es el verdadero ámbito de aplicación de los preceptos analizados.

²⁹⁴ Según el art. 83.1 del mismo texto legal «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas».

Si se atiende a la literalidad del art. 1783 C.c., la responsabilidad del hostelero alcanza tanto a los casos de custodia directa -cuando existe entrega de los efectos²⁹⁵-, como a los supuestos de custodia indirecta -en los que los objetos no son entregados al hostelero para su custodia-²⁹⁶; sin embargo, según el precepto señalado, para que efectivamente surja la responsabilidad del fondista son necesarios dos presupuestos. Estos son: la puesta en conocimiento de los bienes y la observancia por parte del huésped de las prevenciones sobre vigilancia y cuidado de los efectos.

Sin ánimo de detenernos en el estudio de dichos presupuestos -cuyo análisis tendrá lugar en posteriores epígrafes-, hemos de señalar que no somos partidarios de una interpretación literal del artículo 1783 C.c. con respecto a los requisitos exigidos por el

²⁹⁵ El término *introducidos* al que hace referencia el art. 1783 C.c. debe abarcar también aquellos efectos que hayan sido entregados para su efectiva custodia, quedando así justificada la aplicación de los preceptos en los casos de custodia directa.

²⁹⁶ Pese al «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, por daño, pérdida, o sustracción de las cosas (entregadas o introducidas, responsabilidad contractual o legal)». JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pág. 510. En el mismo sentido SAENZ DE SANTA MARÍA, para quien «la responsabilidad del empresario hotelero no es la común del depositario (prevista en el art. 1766) sino la especial y agravada impuesta en beneficio del cliente por los artículos 1783 y 1784 (...) El empresario hotelero responde en los mismos términos y con el mismo alcance -agravado- tanto de los efectos generales introducidos en las habitaciones como de los depositados». “Cajas de seguridad...”, pág. 737. De igual modo DÍEZ SOTO, C.M.: *El depósito...*, pág. 146. A idéntica conclusión llega la jurisprudencia; de este modo, el TS ha mantenido la tesis de que el régimen de los artículos 1783 y 1784 C.c. es aplicable tanto respecto a las cosas entregadas para su custodia a los dependientes de la empresa como respecto a las cosas meramente introducidas en el establecimiento, entendiendo que en uno y en otro caso se trata de un depósito necesario que no requiere aceptación del fondista ni concertación expresa de un contrato de depósito voluntario, y que la admisión de la tesis favorable a la existencia de un contrato de depósito en el supuesto en el que exista entrega situaría al huésped en una posición menos favorable que la derivada del depósito necesario de los arts. 1783 y 1784 C.c. Así, entre otras, la STS de 11 de julio de 1989. Sin embargo, no toda la doctrina opina de igual modo. REPRESA POLO defiende que en los casos de custodia directa realmente estamos ante un contrato de depósito, pero cuyo régimen jurídico no es el contenido en los arts. 1783 y 1784 C.c., sino el contenido en los arts. 1763 a 1780 C.c. De dicho régimen destaca principalmente el art. 1766, que a su vez remite a las reglas generales de responsabilidad contractual, esto es, a los artículos 1101 y ss. C.c. Por tanto, defiende que, en virtud del art. 1104 C.c., el régimen aplicable a la responsabilidad que deriva para el hostelero de la custodia de los efectos de valor entregados por el huésped, sería la rigurosa y objetiva contenida en los arts. 1783 y 1784 C.c., pues la relación que se establece entre el cliente y el empresario es la de un contrato de depósito de carácter profesional que exige una mayor diligencia para el hostelero en relación a su obligación de guarda y restitución de la cosa a quien se la entregó y es, precisamente, esa diligencia la exigible en el cumplimiento de su compromiso por estar relacionada con la naturaleza de la propia obligación y la que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. *La responsabilidad de los establecimientos...*, págs. 194 y ss. Va más allá RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, para quien «el hotelero al que se entregan objetos para ser guardados en la caja fuerte del local responde como depositario y por las normas generales del depósito, y el hotelero al que no se hace esta entrega responde como depositario pero por las reglas especiales contenidas en los arts. 1783 y 1784 C.c.». Es decir, según esta autora, los arts. 1783 y 1784 C.c. no serán aplicables siempre y en todo supuesto, sino que habrá que distinguir los hechos que pueden cobijarse en el supuesto de hecho de dichas normas y los que han de conducirse a las del contrato de depósito en general. “La responsabilidad de los hoteleros...”, págs. 732 y 769.

legislador para que nazca la responsabilidad en aquellos casos en los que la custodia es indirecta. De este modo, estamos de acuerdo, junto con la mayor parte de la doctrina y con la jurisprudencia²⁹⁷, de prescindir de la puesta en conocimiento cuando dicho presupuesto parece contravenir la esencia misma del hospedaje. Así, parece ilógico, dada la naturaleza del contrato, exigir a los viajeros poner en conocimiento del hostelero absolutamente todos los objetos que lleven consigo; asimismo, tampoco en todos aquellos casos en los que la habitación cuente con una caja de seguridad en su interior parece coherente -dada la confianza que dicho dispositivo puede generar en el huésped- imponerle al cliente el cumplimiento de dicha exigencia -a no ser que exista, como veremos, una advertencia del propio hotel en la que se indique que no responde de todos aquellos objetos de valor no entregados en recepción-.

Por tanto, dicho esto, ¿cuál es el verdadero ámbito de aplicación de los arts. 1783 y 1784 C.c.? Según nuestro criterio, estos preceptos serán aplicables no solamente cuando el huésped deposite sus efectos en manos del hostelero, sino también en todos los demás supuestos en los que los objetos sean meramente introducidos; ahora bien, en estos casos, la interpretación del presupuesto que exige la puesta en conocimiento debe ser flexible, ya que de lo contrario el cliente quedaría desprotegido.

Ahora bien, cosa distinta será la dificultad probatoria con la que se encontrará el viajero a la hora de intentar demostrar la existencia de determinados efectos de los que, por sus características, no ha tenido que informar al hostelero²⁹⁸. En la práctica, son los Tribunales los encargados de decidir en qué supuestos concretos se considera probada o no la existencia de los objetos que han sido meramente introducidos, pudiendo ser más o menos exigentes al respecto. En nuestra opinión, en el hipotético caso de que estos supuestos -en los que el huésped reclama una indemnización por la pérdida, sustracción o deterioro de objetos meramente introducidos- empezaran a proliferar, todo apuntaría a una restrictiva aplicación de los preceptos, debido fundamentalmente a la necesidad de mantener el equilibrio entre las partes contractuales.

²⁹⁷ Doctrina y jurisprudencia, ambas influenciadas por el Derecho comparado, hacen una interpretación que no es acorde con la literalidad del precepto, que impide que surja la responsabilidad del fondista en todos aquellos casos en los que no se ha dado conocimiento de los efectos al hostelero.

²⁹⁸ La prueba de la introducción de los objetos en el establecimiento hotelero corresponde al huésped. Así, entre otros, RODRÍGUEZ BUJÁN, J.: “La responsabilidad de los hospederos...”, pág. 167. En el mismo sentido BENEDETTO, M.A.: Voz “Albergatore”, pág. 444.

e) Naturaleza de la responsabilidad del hostelero: ¿contractual o extracontractual?

Es lugar común en doctrina y jurisprudencia afirmar que la responsabilidad de los hoteleros es una responsabilidad contractual; no obstante, pese a que la mayor parte de las resoluciones judiciales se han encargado de precisar su «marcado carácter obligacional»²⁹⁹, existen algunas sentencias, escasas, que sostienen el carácter extracontractual de dicha responsabilidad³⁰⁰.

En nuestra opinión, la naturaleza contractual de la responsabilidad parece indiscutible en ambos casos, esto es, tanto en aquellos supuestos en los que se entiende celebrado un contrato de depósito, por haber entregado el huésped al hostelero los objetos para su custodia particular, como en aquellos supuestos en los que las cosas han sido meramente introducidas en las dependencias del hotel, sin que el hostelero tenga conocimiento de qué concretos efectos han pasado a formar parte de su esfera de control. A esto se añade que el carácter contractual de la responsabilidad del hostelero no es obstáculo para afirmar que estamos asimismo ante una responsabilidad *ex lege*, que tiene como fin, principalmente, evitar los inconvenientes de la referencia al depósito. Es ciertamente la ley la que atribuye expresamente responsabilidad al hostelero, pero lo hace, como veremos seguidamente, en virtud de la existencia de un contrato, ya sea éste de depósito -si existe entrega-, ya sea de hospedaje -si al hostelero no se le han entregado los efectos-³⁰¹.

²⁹⁹ Así, entre otras, la STS de 15 de marzo de 1990; SAP de Málaga de 5 de junio de 1997; SAP de Málaga de 22 de septiembre de 1999; SAP de Tenerife de 22 de julio de 1998; SAP de Almería de 3 de diciembre de 1999; SAP de Cádiz de 15 de febrero de 2002; SAP de Cádiz de 19 de julio de 2004; SAP de Madrid de 16 de julio de 2001; SAP de Sevilla de 2 de junio de 2004; SAP de Zamora de 20 de mayo de 2005 y la SAP de Sevilla de 30 de marzo de 2007 en la que se señala textualmente que «la responsabilidad en sucesos como el que nos ocupa no es de naturaleza extracontractual en la que pudiera apreciarse culpa "in vigilando" o "in eligendo", sino, por el contrario, de marcado carácter obligacional».

³⁰⁰ La principal diferencia entre ambos regímenes de responsabilidad se halla en el distinto plazo de ejercicio de la acción para la reclamación de los daños. Si la responsabilidad es contractual, el plazo será el previsto en el art. 1964 C.c., esto es, 15 años, cuyo cómputo empezará a contar desde que se produjeron los daños. No obstante, hay autores que consideran que el citado plazo de prescripción, habida cuenta, por una parte, de la naturaleza de los daños cuya indemnización se pretende, así como comparando el plazo con el recogido en el art. 1967.4 C.c. para la reclamación de las deudas derivadas del hospedaje, puede considerarse excesivo. REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 173.

³⁰¹ Para un sector doctrinal, sin embargo, atribuir a la responsabilidad la condición de legal, significa asimismo afirmar que dicha responsabilidad no depende de la existencia de ningún contrato. De este modo HERNÁNDEZ GIL, para quien la responsabilidad del fondista no depende ni de la existencia de un contrato de depósito ni de la existencia de un contrato de hospedaje, sino que aquella surge por el solo hecho de la introducción de los efectos, aunque, normalmente, la introducción de los efectos tenga por causa el contrato de hospedaje, como señala la STS de 11 de julio de 1989. “Comentario al artículo

Aclarada nuestra postura, el carácter contractual de la responsabilidad del fondista en el primer caso, es decir, cuando se ha pactado un depósito de los efectos, resulta por *todos* incuestionable. En tal supuesto, la responsabilidad del fondista derivaría de la vulneración de la principal obligación contractual, la guarda, que no puede sino considerarse incluida en la rigurosa órbita de lo pactado³⁰²; no obstante, pese a ello, y aunque predominan notablemente las resoluciones partidarias de calificar como contractual la responsabilidad del hotelero, en virtud del depósito aparejado al contrato de hospedaje, también existe alguna sentencia que ha sido favorable a la aplicación del art. 1902 C.c. Así, por ejemplo, la STS de 1 de febrero de 1994, ante la sustracción de un vehículo del aparcamiento del hotel, afirmaba que existía yuxtaposición de responsabilidades: pese a reconocer que la obligación incumplida es de marcado carácter contractual, dice la sentencia que también concurren los elementos de la responsabilidad extracontractual, de modo que no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual excluya a la aquiliana. Así, ambas acciones son acumulables, y se pueden ejercitar una u otra de manera alternativa o subsidiaria, o incluso cumulativamente, pues el hecho de que exista un contrato no es suficiente para evitar la responsabilidad extracontractual.

Aunque la tesis de la yuxtaposición de responsabilidades ha sido también la postura del Tribunal Supremo en otros supuestos de daños en el marco de la relación contractual, creemos que dicha postura es inaceptable en el terreno de los objetos depositados en los hoteles, en el que parece más acertada la tesis de la responsabilidad contractual «puesto que ésta es la procedente cuando se trata del incumplimiento de deberes de custodia expresamente pactados»³⁰³.

En cuanto al segundo supuesto, esto es, el de las cosas meramente introducidas en las habitaciones o dependencias del hotel, más dudas se han generado acerca del carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad del fondista; sin embargo, a

1783...”, pág. 1071. Con idéntico criterio JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, págs. 336 y 337.

³⁰² RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 755.

³⁰³ *Ibidem*, pág. 754. Además, a nuestro parecer, da la impresión de que cuando los Tribunales acuden a la responsabilidad extracontractual, lo hacen con el único fin de mejorar la posición del huésped; de este modo, entender que existe yuxtaposición de responsabilidades no es más que brindar a aquél la posibilidad de ejercitar una u otra acción de manera alternativa o subsidiaria, o incluso cumulativamente; en otras ocasiones, como ocurre en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2002, el Tribunal recurre a la responsabilidad extracontractual debido a la imposibilidad de acudir a la contractual de los arts. 1783 y 1784 C.c., ya que el cliente incumplió la letra de los preceptos, al no dar conocimiento al hostelero de los efectos de valor que se introducen en el establecimiento.

nuestro parecer, la naturaleza contractual de la responsabilidad parece igualmente innegable por diversas razones que expondremos a continuación: en primer lugar, en estos casos, aunque no puede verse vulnerado el deber de custodia que implica el contrato de depósito -al no haberse celebrado-, sí puede verse vulnerado el deber de custodia implícito en el contrato de hospedaje. De este modo, las obligaciones contractuales en ningún caso deben quedar ceñidas a las expresamente pactadas, sino que junto a ellas, habrá que atender a otros deberes «entre los que se puede encontrar una obligación de custodia de los efectos de los viajeros o un deber de ofrecer las medidas de seguridad adecuadas para evitar la sustracción de los mismos»³⁰⁴. En tal sentido, la STS de 11 de julio de 1989, insiste en prescindir de la existencia de un contrato de depósito, pues según dicha resolución la responsabilidad contractual de los hoteleros deriva del contrato de hospedaje y por el simple hecho de la introducción de los efectos en el hotel; de este modo, se trata de una responsabilidad que no requiere un previo contrato de depósito ni aceptación del fondista; en segundo lugar, «existiendo una relación contractual, la de hospedaje, ha de atenderse preferentemente a la distribución de riesgos y beneficios entre las partes que la misma implica, antes que a deberes generales de no dañar a terceros, para situar a cargo de cada una de las partes los daños que deben soportar»³⁰⁵.

Por tanto, en todos aquellos casos en los que no exista un contrato de depósito como tal, bastará la existencia de un contrato de hospedaje entre las partes para justificar la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual contenidas en los arts. 1783 y 1784 C.c. En este sentido, en la SAP de Alicante de 2 de diciembre de 1992 se sostenía «la improcedencia que supone efectuar la reclamación con base en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, reguladores de la responsabilidad extracontractual, por cuanto que las relaciones existentes entre las partes derivan de un contrato de hospedaje, al que son de aplicación las normas del depósito necesario a tenor de lo establecido en el artículo 1783...»³⁰⁶.

Ahora bien, si fundamentamos la responsabilidad contractual del hostelero en la existencia, según los casos, de un contrato de depósito o de hospedaje, ¿qué ocurre en

³⁰⁴ Ibidem, pág. 758.

³⁰⁵ «De acuerdo con autorizadas opiniones, la responsabilidad es de carácter contractual siempre que entre las partes exista una relación contractual y el daño derive del incumplimiento de cualquiera de los deberes que derivan de ésta, sean obligaciones expresamente pactadas, sean deberes accesorios de conducta derivados de la buena fe o de los usos de los negocios». Ibidem, pág. 757.

³⁰⁶ De igual modo se pronuncia la SAP de Cádiz de 19 de julio de 2004.

todos aquellos supuestos en los que el equipaje del viajero es sustraído sin que todavía se haya formalizado aquél? ¿Es viable sostener la aplicación de los artículos 1783 y 1784 C.c. cuando nos referimos a la desaparición de pertenencias de un *potencial* cliente? ¿Y qué sucede en aquellos casos en los que el huésped, pese a haber abandonado la habitación, deposita su equipaje en recepción con el fin de que le sea custodiado y éste le es, finalmente, sustraído?

En cuanto a la primera de las cuestiones, la SAP de Barcelona de 6 de mayo de 2003 consideró la responsabilidad contractual del titular del establecimiento por la pérdida del equipaje que el cliente dejó en el vestíbulo para subir a examinar las habitaciones³⁰⁷. Sin embargo, ¿por qué hacer al hotel responder contractualmente si aún no existía contrato alguno? Para contestar a este interrogante nos sumamos íntegramente a lo sostenido por RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, para quien en estos casos la responsabilidad del fondista deriva de los deberes que incumben a las partes en la fase de preparación del contrato. De este modo, «ante la falta de una disciplina normativa de la responsabilidad precontractual en nuestro ordenamiento, y ante la duda sobre el régimen aplicable a la misma, creemos que en este caso reconducir la responsabilidad del fondista al régimen de la responsabilidad contractual es lo más coherente»³⁰⁸. Por el contrario, si la sustracción afecta a sujetos que se hallaban en el hotel por circunstancias que en nada tienen que ver con la eventual formalización de un contrato de hospedaje, la responsabilidad debe ser, en caso de que tenga lugar, de carácter extracontractual.

Por su parte, menos problemas suscita la segunda cuestión planteada, esto es, determinar qué régimen de responsabilidad resulta aplicable cuando el huésped, una vez finalizado el alojamiento, deposita sus maletas en la consigna del hotel durante un periodo de tiempo razonable. En estos casos, la custodia de dicho equipaje es uno más

³⁰⁷ Según dicha sentencia, «la responsabilidad de los demandados por la pérdida del equipaje, es evidente, ya sea por aplicación de los artículos 1783 y 1784 del Código Civil, como de las reglas generales de las obligaciones y contratos, por cuanto en el contexto de un servicio ofrecido por el hotel a sus clientes, como es el de guardar las maletas cuando no puede prestarse adecuadamente el concreto servicio de acompañar al cliente a las habitaciones, no se observó la diligencia debida y exigible para evitar sustracciones por parte de personas desconocidas, existiendo una defectuosa vigilancia respecto del vestíbulo del hotel en el que se encontraba el equipaje del actor, que sin duda propició la sustracción del mismo».

³⁰⁸ “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 766. Asimismo, aunque con distinto fundamento, la doctrina es igualmente partidaria de afirmar la responsabilidad en tales supuestos. De este modo, sostienen los autores que se trata de una responsabilidad legal inherente al desarrollo de la actividad hotelera, siendo plenamente aplicables los artículos 1783 y 1784 C.c. Así, entre otros, MARTÍN SANTISTEBAN, S.: *El depósito y la responsabilidad...*, pág. 164; JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pág. 508; SAENZ DE SANTA MARÍA VIerna, A.: “Cajas de seguridad...”, pág. 726.

de los servicios con los que el cliente del hotel cuenta; por tanto, pese a que ya no pueda disfrutar de la habitación, esto no quiere decir que el contrato de hospedaje haya finalizado, lo cual solamente ocurrirá cuando todos los servicios a los que el huésped tiene derecho hayan sido prestados. De este modo, el carácter contractual de la responsabilidad del fondista es incuestionable: se ha pactado un depósito dentro del contrato de hospedaje y se ha incumplido la obligación principal, es decir, la custodia³⁰⁹.

II. El hostelero como sujeto responsable: responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno.

La separación entre responsabilidad y autoría de los daños permite hablar, por una parte, de responsabilidad personal del hostelero por sus actos y, a su vez, de responsabilidad indirecta del mismo por los daños cometidos por sus criados o dependientes, así como por extraños³¹⁰. Por tanto, en primer lugar, pese a la omisión del art. 1784 C.c. al respecto, no cabe duda de que el hostelero será responsable por los daños cometidos por sí mismo³¹¹. La responsabilidad del hostelero por todos los daños causados personalmente en los efectos del viajero es indiscutible, al ser el único obligado a la custodia de aquellos³¹²; sin embargo, al ser remota la posibilidad de que sea su propia persona la causante del daño -debido a la configuración actual del negocio de la hostelería-, el precepto se destina a regular un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, en el que se hace referencia a los sujetos por los cuales debe responder. El artículo 1784 C.c. dice así: «La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los *criados* o *dependientes* de los fondistas o mesoneros, como por los *extraños*; pero no los que

³⁰⁹ La causa del contrato no se encuentra, como hemos defendido en capítulos anteriores, en la cesión del uso del inmueble, esto es, la habitación del hotel, sino en los servicios que éste pone a disposición del cliente; y esto es precisamente lo que posibilita que se le pueda exigir responsabilidad aun cuando el servicio de alojamiento haya concluido.

³¹⁰ REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 101.

³¹¹ Dicha omisión no está presente en otros Códigos europeos; por ejemplo, el *Código civile* italiano establece en el art. 1785 bis que el hostelero es responsable de los daños ocasionados a los efectos de los clientes cuando dichos daños son debidos a su propia culpa. De forma idéntica el §702.2 del BGB.

³¹² REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 101. En el mismo sentido, CEBALLOS MARTÍN, M.M.: *La regulación jurídica...*, pág. 233.

provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor»³¹³.

A priori, de la literalidad del precepto se deduce que el hostelero responde por los daños no solamente ocasionados por los criados o dependientes, sino también por los actos de extraños siempre que tales actos no constituyan, como veremos en páginas posteriores, un supuesto de fuerza mayor³¹⁴.

Dicho esto, pasamos a analizar por separado la responsabilidad del hostelero en uno y otro caso:

- a) Responsabilidad del hostelero por los daños ocasionados por criados o dependientes³¹⁵: los usos del tráfico han llevado desde hace largo tiempo a

³¹³ El art. 1953 del *Code* francés también atribuye responsabilidad al hostelero por el robo o daño de los efectos siempre que hayan sido causados o por sus empleados o por extraños que van y vienen del hotel. La responsabilidad ilimitada por los actos de los auxiliares también se afirma en los Códigos civiles de Italia y Alemania; sin embargo, en lo que respecta a los *extraños*, tanto en el *Codice Civile* italiano como en el BGB se establecen parámetros diversos, que sin duda difieren de lo señalado por el *Code* francés y por el Código Civil español. Por su parte, el *Codice Civile* establece, en el art. 1785 bis, que la responsabilidad del hostelero es ilimitada cuando el deterioro, la destrucción o la sustracción de los efectos del cliente son debidos a su propia culpa, a la de miembros de su familia, o a la de sus auxiliares; sin embargo, no se menciona en este apartado a los extraños como sujetos por los cuales el hostelero responde ilimitadamente; tampoco los menciona el art. 1785, encargado de establecer los límites de la responsabilidad del hostelero. De igual modo, el §701 y §702 del BGB. Según el tercer párrafo del primero de los preceptos señalados, la obligación de indemnizar no aparece si la pérdida, destrucción o daño fue causada por el huésped, un acompañante de éste o una persona a quien el huésped haya alojado. Tampoco existe obligación de indemnizar en los casos de fuerza mayor o en los supuestos en los que el daño, destrucción o pérdida se deban a la propia naturaleza de la cosa. Por su parte, el §702, encargado de señalar los casos en los que la responsabilidad del hostelero es ilimitada, tampoco hace mención alguna a los extraños. La omisión que sobre estos sujetos se observa en ambos Códigos -italiano y alemán-, hace prever que los supuestos en los que el daño a los efectos de los clientes se debe a la actuación de un extraño no gozan de una solución definida; no obstante, lo que resulta claro es que la responsabilidad del hostelero no será ilimitada si la pérdida, destrucción o daño está causada por un extraño.

³¹⁴ «Si por los hechos de los extraños responde el hotelero por pertenecer a su esfera de riesgo, por los hechos de sus empleados responde, en cambio, por tratarse de auxiliares o dependientes que utiliza en el cumplimiento de la prestación a su cargo». RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “La responsabilidad de los hoteleros...”, págs. 791. Por su parte, la jurisprudencia tampoco ha vacilado a la hora de atribuir responsabilidad al hotel en todos aquellos casos en los que se hallaba involucrada la actividad de sus empleados o de un extraño. De este modo, la SAP de Madrid, de 9 de julio de 2002, afirma que «responde el empresario hotelero (...) siempre que el daño se deba a la acción u omisión de alguno de sus criados o dependientes o de un extraño». En el mismo sentido, la SAP de Murcia de 5 de septiembre de 1994, que atribuye responsabilidad al hotel por la desaparición del equipaje entregado para su guarda al botones o encargado del servicio de conserjería.

³¹⁵ Como es sabido, en nuestro Derecho, al igual que en el francés, y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho italiano (art. 1228 del *Codice Civile*) o alemán (§ 278 BGB), no existe una norma expresa que con carácter general sancione la responsabilidad del deudor por sus auxiliares. Sin embargo, se acude a la analogía para solucionar la falta de una norma general expresa. La fundamentación analógica de la responsabilidad contractual del deudor por actos de sus auxiliares tendría su apoyo, tanto en las normas particulares que, para determinadas relaciones obligatorias, establece la responsabilidad contractual objetiva del deudor por sus auxiliares, como en el artículo 1903.4 C.c., que establece la responsabilidad extracontractual indirecta del principal por los actos de sus auxiliares. JORDANO FRAGA, F.: *La*

los profesionales a servirse de otras personas para el desarrollo eficaz de sus funciones. Ninguna obligación compleja podría ser cumplida en términos distintos. De esta forma, la confianza del cliente se extiende a los dependientes que el profesional pueda escoger como auxiliares³¹⁶.

Dicho esto, en primer lugar, debemos determinar qué se entiende por *criados y dependientes*, es decir, al atribuir el legislador responsabilidad al hostelero por los daños causados por tales sujetos, ¿a qué personas concretas se está refiriendo? ¿Debemos realizar una interpretación amplia en la que el hostelero responda por absolutamente todas las personas que de alguna manera interfieran en el cumplimiento de su obligación o, por el contrario, dependiendo de la relación que medie entre el deudor principal y el auxiliar se considerará o no que responde por él? En este sentido, y teniendo en cuenta que el hostelero responde incluso por los daños causados por extraños, resultaría incongruente que no respondiera por cualquier auxiliar que se introduzca en el cumplimiento de sus obligaciones. Por tanto, «a los efectos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, se consideran como tales no sólo los dependientes o subordinados del deudor, sino cualquier persona de cuya actividad éste se sirva para la realización del cumplimiento (...) Lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar (que puede ser o no de dependencia), sino que aquél utilice a éste para la ejecución de la relación obligatoria»³¹⁷. De este modo, el hostelero será responsable de los daños causados por cualquier persona que voluntariamente sea introducida por él en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de hospedaje³¹⁸, «ya sean dependientes

responsabilidad contractual..., págs. 577 y ss. En el mismo sentido MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La responsabilidad civil...*, pág. 201.

³¹⁶ CATTANEO, G.: *La responsabilità...*, pág. 82.

³¹⁷ JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pág. 564. «Podemos definir el auxiliar de cumplimiento como 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 también dicho acreedor». JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, pág. 45.

³¹⁸ La cuestión se planteó en el caso de la STS de 1 de febrero de 1994, a propósito de la sustracción de un vehículo en el aparcamiento del hotel. En este sentido, el TS sostuvo que «la culpa, aunque es directamente atribuible a los empleados de la vigilancia, también es transferible a la empresa hotelera». Esta sentencia se refiere a una responsabilidad extracontractual por hechos ajenos, pero la doctrina llega a idéntica conclusión para los supuestos de responsabilidad contractual.

suyos como de otras empresas a las que contrate para realizar determinada actividad, así como de los autónomos o profesionales que contrate con el mismo fin»³¹⁹. Sólo así se cumple con la finalidad de los artículos 1783 y 1784 C.c., que consiste en establecer un régimen de responsabilidad en el que el hostelero responda de todos los daños que tengan lugar dentro de su esfera de control³²⁰.

Aclarado lo anterior, es preciso delimitar en qué casos concretos el deudor responde del comportamiento de sus auxiliares, es decir, determinar si el hostelero será responsable de la conducta de sus dependientes *siempre*, o solamente en aquellos supuestos en los que exista culpa o negligencia en el comportamiento de éstos. Refiriéndose a tal cuestión, señala JORDANO FRAGA, creemos que con buen criterio, que si el artículo 1784 C.c. refleja un régimen de responsabilidad en el que se prescinde de la diligencia empleada por el deudor a la hora de exigirle responsabilidad, también deberá funcionar de este modo la responsabilidad del deudor por sus auxiliares³²¹.

A ello se añade que el fundamento de la responsabilidad del hostelero por sus auxiliares no se encuentra en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* del propio deudor³²², sino en el mismo fundamento que sirve para determinar su responsabilidad misma: haberse producido el incumplimiento en su ámbito de control, de manera que todo incumplimiento que genera responsabilidad

³¹⁹ REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 106.

³²⁰ *Ibidem*, pág. 103.

³²¹ *La responsabilidad contractual...*, págs. 570 y 571.

³²² La responsabilidad del deudor no puede basarse en la «*culpa in eligendo vel custodiando*», ya que tal fundamento no resulta acorde en una economía como la actual, dominada por grandes empresas en las cuales el deudor principal no goza de control directo sobre sus auxiliares. ESSER, J.: *Schuldrecht...*, pág. 254. «Las exigencias modernas (...) muestran que el deudor ha de ser responsable del incumplimiento aun en el supuesto de que él personalmente no hubiera incurrido en culpa, *in eligendo* o *in vigilando*. Por ello no es extraño que la doctrina extranjera se haya preocupado, desde hace ya bastante tiempo (...) de encontrar una justificación a la responsabilidad del deudor por sus auxiliares más allá de los estrechos límites de dicha culpa *in eligendo* o *in vigilando*». TORRALBA SORIANO, O.V.: «La responsabilidad por los auxiliares...», pág. 1145. Atrás quedan los planteamientos de la doctrina tradicional, según los cuales se consideraba como fundamento de la responsabilidad del hostelero la culpa *in eligendo*, por haber elegido mal a sus dependientes, y la culpa *in vigilando*, por no haberlos controlado de manera efectiva. Además, de este modo, lo único que se nos dice, como apunta JORDANO FRAGA es que «el deudor responde de su *propio incumplimiento*». JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual...*, pág. 569. A esto se añade que el acreedor «no debe ver limitados sus derechos porque el deudor logre probar que escogió al hombre idóneo». YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil...*, pág. 275.

se conecta directamente con tal deudor -el deudor principal-, ya que él mismo está obligado a cumplir, por lo cual, si se produce el incumplimiento debe, en principio, responder, salvo que tal incumplimiento se derive de una causa que le exima de responsabilidad³²³. ¿Acaso no resultaría ilógico que el huésped se encontrara en una posición más desventajosa si el daño hubiera sido causado no por el deudor principal -el hostelero-, sino por uno de sus empleados, tal y como suele suceder en la práctica?

Así, puede decirse que «el deudor responde contractualmente (...) por su auxiliar (...) en las mismas condiciones, con los mismos límites, y con la misma extensión, en que y con que habría respondido personalmente frente a su acreedor dañado, de haber realizado él en persona la misma conducta lesiva»³²⁴; y es que las posibilidades del cliente para exigir responsabilidad no pueden mermar ni verse obstaculizadas por la interferencia de un auxiliar en el cumplimiento de la obligación misma, y esto es básicamente lo que determina que el deudor responda por las actuaciones de sus subordinados en los mismos casos en los que respondería si el incumplimiento hubiera sido originado por él.

La imputación objetiva de la responsabilidad al deudor principal por los actos de sus auxiliares, aun no existiendo culpa en ellos, es lo que permite que aquél no quede desligado de responder contractualmente frente a su acreedor³²⁵. No obstante, el hecho de que el deudor responda contractualmente por sus auxiliares, no significa que el acreedor, en este caso el huésped, no pueda dirigirse extracontractualmente contra el auxiliar. De este modo, «la ajenidad del auxiliar a la relación obligatoria que une a deudor y acreedor, y en cuyo cumplimiento interviene, no excluye su responsabilidad *extracontractual* (directa) frente al acreedor por el daño causado, produciéndose así a favor del acreedor un concurso de acciones de

³²³ TORRALBA SORIANO, O.V.: “La responsabilidad por los auxiliares...”, pág. 1161.

³²⁴ JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, pág. 499.

³²⁵ «La intervención del auxiliar en el cumplimiento de la obligación no modifica las expectativas del acreedor en la responsabilidad del deudor, porque éste responde de la actuación de aquél en los mismos casos en los que respondería de la propia. Esta es, en resumidas cuentas, la principal virtualidad del carácter objetivo de la responsabilidad del deudor por el auxiliar». JIMÉNEZ HORWITZ, M.: *La imputación al deudor del incumplimiento...*, pág. 89.

responsabilidad, contractual frente al deudor (por lo hecho por su auxiliar), y de responsabilidad extracontractual frente al propio auxiliar».³²⁶.

Una vez dilucidado que el artículo 1784 C.c. no exonera de responsabilidad al deudor por los daños cometidos por sus *criados* y *dependientes*, aun habiendo éstos guardado la máxima diligencia, es oportuno puntualizar qué ocurre con los actos de los auxiliares que excedan del cumplimiento de su obligación y que sean llevados a cabo con ocasión de las tareas encomendadas. En estos casos, frecuentes en la práctica, y cuya manifestación más usual es el robo de objetos del cliente depositados en la habitación por parte del personal del hotel, ¿qué tipo de responsabilidad puede exigir el huésped y frente a quién?

Hemos venido defendiendo que el hostelero responde objetivamente por los daños ocasionados por sus auxiliares en los bienes de los clientes³²⁷, por tanto, ¿qué poderosa razón puede ahora llevarnos a afirmar lo contrario, máxime si tenemos en cuenta que los hosteleros responden incluso de los actos de extraños? Es decir, no existe motivo alguno por el que tengamos que eximir de responsabilidad contractual al hostelero en caso de que el auxiliar provoque el daño dolosamente, excediéndose en el cumplimiento de sus obligaciones, puesto que si así fuera se llegaría al absurdo de que el hostelero tendría que responder contractualmente del robo cometido por un extraño -siempre que no sea constitutivo de fuerza mayor-, pero no de los hurtos cometidos por sus empleados. O lo que resulta igual de inadmisibles:

³²⁶ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual...*, pág. 563. Como consecuencia de un mismo hecho dañoso se producirá a favor del acreedor del deudor principal un concurso de acciones de responsabilidad de distinta naturaleza y contra diversos sujetos responsables -*contractual* (indirecta) contra el *deudor principal* y *extracontractual* (personal o directa) contra el *tercero-auxiliar*-, encaminadas, ambas, a una misma finalidad: el resarcimiento del daño causado por el auxiliar. Naturalmente, el acreedor dañado sólo puede pretender la indemnización del perjuicio producido por la conducta del tercero auxiliar una sola vez. JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, pág. 611.

³²⁷ Sin embargo, parece razonable señalar que las actuaciones de los empleados que causen la pérdida o menoscabo de los efectos de los viajeros o son negligentes (en cuyo caso responde el hostelero) o constituyen supuestos de fuerza mayor (como la entrega de los efectos a un ladrón que amenaza al empleado), en cuyo caso no hay responsabilidad del hostelero. Resulta complicado pensar en casos en los que el comportamiento ni sea culpable ni constituya un supuesto de fuerza mayor. En este sentido, podría constituir uno de estos supuestos la caída y rotura de un dispositivo electrónico que el cliente ha dejado en la cama deshecha, producida al retirar las sábanas -aunque probablemente la culpa de la propia víctima juegue un papel decisivo en la exoneración de la responsabilidad-.

el hostelero no respondería contractualmente de los actos de sus auxiliares cuando en ellos interviene dolo. Por tanto, en todos aquellos supuestos en los que un trabajador del hotel aprovecha la ausencia de algún cliente para sustraerle cualquiera de sus bienes, el hostelero debe responder contractualmente de este hecho: ¿acaso no respondería también contractualmente si él mismo hubiera cometido el hurto? ¿Y no hemos sostenido que el hostelero responde de los actos de sus auxiliares con los mismos límites que existen para eximirle a él mismo de responsabilidad? Si «el principio general de responsabilidad significa que, una vez afirmada la responsabilidad del auxiliar en la lesión del derecho del acreedor con arreglo a los principios generales, dicha responsabilidad se “traslada” al deudor»³²⁸, esto no debe alterarse en los casos en los que el daño es causado por actos dolosos de auxiliares que exceden del cumplimiento de su obligación³²⁹.

Ahora bien, determinada la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, quedarán a salvo las relaciones entre ambos, en virtud de las cuales el primero podrá exigir la correspondiente responsabilidad al autor de los daños³³⁰. Así, «habiéndose establecido ya tanto la responsabilidad del deudor frente al acreedor por sus auxiliares, como las condiciones de tal responsabilidad, conviene advertir que, como es lógico, dicho deudor dispone de un acción de repetición contra los mismos auxiliares, pues de lo contrario éstos quedarían exentos de su propia responsabilidad, lo cual sería injusto»³³¹. No obstante, no se trata propiamente de un derecho de repetición autónomo e independiente, que derive directamente como consecuencia

³²⁸ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual...*, pág. 564.

³²⁹ En contra, REPRESA POLO, para quien «si uno de los miembros del hotel aprovechando la salida de uno de los clientes entra en su habitación y se apropia de alguno de los efectos que se hallan en la misma, nos encontraremos en el ámbito de la responsabilidad aquiliana». *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 107. Según esta afirmación, en los casos en los que el daño es causado por auxiliares que exceden del cumplimiento de sus obligaciones, el huésped no tiene posibilidad alguna de exigir al deudor principal responsabilidad contractual, sino a lo sumo responsabilidad extracontractual cuando se cumplan los requisitos del artículo 1903.4 C.c. Sin embargo, a nuestro entender, si un auxiliar se excede en el cumplimiento de sus obligaciones, esto no puede servir de base para exonerar de responsabilidad contractual al deudor principal, quien responde por los actos de sus subordinados como si de sus propios actos se tratase, no siendo el fundamento de tal responsabilidad ni la culpa *in vigilando* ni la culpa *in eligendo*, puesto que no existe establecimiento que pueda vigilarlo todo eficazmente en todo momento ni que pueda prever los daños que sus trabajadores pueden llegar a causar en el ejercicio de sus funciones.

³³⁰ *Ibidem*, pág. 108.

³³¹ TORRALBA SORIANO, O.V.: “La responsabilidad por los auxiliares...”, pág. 1164.

inmediata del pago realizado por el deudor al acreedor, sino que la cuestión es otra: «la acción del deudor frente al auxiliar se fundamenta en la *relación interna* que los vincula, normalmente relaciones contractuales (contrato de trabajo, de obra, de servicios, de mandato)»³³².

- b) Responsabilidad del hostelero por los daños causados por extraños³³³: el artículo 1784 C.c. no sólo hace referencia a los *criados y dependientes*, sino que también atribuye responsabilidad al hostelero en caso de que los daños a los bienes de los clientes hayan sido provocados por *extraños*. En este sentido, se considera extraño a cualquier sujeto que físicamente se encuentre en el establecimiento hotelero o en cualquiera de sus dependencias y que no trabaje en él ni de forma permanente ni esporádica³³⁴.

En tales supuestos no sería admisible acudir a la *culpa in vigilando* para justificar la responsabilidad del fondista³³⁵, puesto que fundamentar su responsabilidad en este tipo de culpa sería exigirle a la empresa hotelera un sacrificio y un esfuerzo desmedido, contrario a su propia naturaleza, puesto que ¿cuáles serían las medidas de seguridad adecuadas para controlar de manera efectiva a todas las personas que entran y salen de un hotel?, sino que dicha responsabilidad encuentra su fundamento en haberse producido el

³³² JIMÉNEZ HORWITZ, M.: *La imputación al deudor del incumplimiento...*, pág. 275.

³³³ Ya en distintos pasajes del *Digesto* se aprecia cómo la responsabilidad de los *caupones* persigue la restitución de los efectos del viajero frente a los actos no solamente del *caupo* sino también de su personal e incluso de extraños, no exigiendo la intervención de culpa. Además, la responsabilidad solamente cesaba en caso de naufragio, asalto de piratas o una circunstancia de fuerza mayor. MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 46.

³³⁴ Extraños son las terceras personas que «ni son dependientes del hostelero (...), ni, tampoco, personas de las que el cliente deba responder (familiares suyos o personas que lo acompañan, visitas por él admitidas, empleados suyos): los demás clientes del establecimiento hostelero, los proveedores del mismo y cuantos terceros van y vienen en él por razón de hallarse abierto al público». JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, pág. 340. La SAP de Madrid de 9 de julio de 2002 establece que debe entenderse por extraño «cualquier persona que se encuentre en el interior del hotel y que no tenga una relación de dependencia jerárquica con el empresario hotelero». Es decir, el resto de viajeros, sus visitantes, familia del propio hostelero y otras personas que cumplan características similares.

³³⁵ En contra MANRESA, quien en sus comentarios al Código Civil declara que: «la extensión de la responsabilidad por los actos cometidos por los extraños tiene también un sólido fundamento derivado de la vigilancia que debe ejercer sobre los entrantes y salientes en el establecimiento, aun cuando no sean viajeros». “Comentario al artículo 1783...”, pág. 996. En idéntico sentido ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho...*, pág. 707.

incumplimiento en su ámbito de control³³⁶. En definitiva, el daño que se produzca en los artículos del huésped por personas ajenas al personal del hotel no puede presumirse hecho por falta de supervisión o cuidado.

Ahora bien, como tendremos oportunidad de comprobar en páginas sucesivas, que el art. 1784 C.c. señale que el hostelero responde de los actos cometidos por extraños, no quiere decir que su responsabilidad se extienda a los supuestos en los que tales actos constituyen un supuesto de fuerza mayor; por tanto, el establecimiento hotelero no responderá de los actos de extraños cuando éstos excedan del ámbito de su esfera de control y, además, sean inevitables³³⁷.

III. Presupuestos de la responsabilidad del hostelero.

Se trata en este epígrafe de identificar cuáles son los elementos configuradores de la responsabilidad contractual del hostelero a fin de determinar en qué supuestos concretos debe responder el fondista.

Antes de profundizar en el análisis de dichos presupuestos, es significativa, por la época en la que fueron redactados los arts. 1783 y 1784 C.c., la inexistencia en los preceptos de un régimen de responsabilidad basado en el comportamiento del

³³⁶ El empresario lleva a cabo una actividad empresarial de la cual se lucra y parece razonable que responda por la pérdida de objetos que están bajo su control.

³³⁷ Según REPRESA POLO, la responsabilidad cesa si el hostelero prueba que «la autoría de los daños corresponde a la actuación de un tercero, 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 daños». Para esta autora, mientras que el hostelero debe responder contractualmente de los actos de sus auxiliares -pues todos sus actos entran dentro del riesgo típico que debe soportar el establecimiento hotelero-, no sería equitativo atribuirle responsabilidad a la empresa hotelera por los actos de extraños, siempre que consiga demostrar tanto que los daños en los bienes de los clientes se deben estrictamente a tales actos, como que se cumplió rigurosamente con el deber de custodia impuesto legalmente. El problema está en demostrar cómo la producción de un hecho que ha tenido lugar dentro del establecimiento hotelero puede considerarse un riesgo atípico no asumible por aquél. Para ello, tendrían que acontecer las circunstancias idóneas que permitieran al deudor liberarse de responsabilidad: a) el hecho del tercero rompe el nexo de causalidad; b) cumplimiento exacto por parte del hostelero de su obligación de custodia; c) el daño excede del riesgo típico que debe soportar el hostelero. De este modo, solamente si acontece una auténtica ruptura del nexo de causalidad podrá exonerarse al hostelero de responsabilidad -de igual manera que se le exime, como comprobaremos a continuación, en caso de robo a mano armada, que no es más que un acto de tercero que excede del riesgo típico que debe soportar el empresario-. En estos casos, al huésped sólo le queda la vía de la responsabilidad extracontractual para exigir al tercero causante del daño la indemnización que le corresponde. *La responsabilidad de los establecimientos...*, págs. 109 y 110.

empresario³³⁸; así, el huésped podrá exigir responsabilidad al establecimiento aun en los casos en los que no exista culpa por su parte. De este modo, el hostelero quedará exonerado de responsabilidad en determinados supuestos, pero en ningún caso por el hecho de demostrar que actuó diligentemente³³⁹.

Así las cosas, y como hemos tenido oportunidad de señalar en epígrafes anteriores, hoy en día se explica la responsabilidad del fondista como un supuesto de responsabilidad basada en el *riesgo profesional*, o de empresa, siendo suficiente que los objetos se encuentren en su esfera de control para que responda por ellos.

Llegados a este punto, pasamos, sin más preámbulo, al análisis de todos aquellos presupuestos que sí configuran la responsabilidad del fondista y sin los cuales no son de aplicación los arts. 1783 y 1784 C.c. Éstos, contemplados en los preceptos señalados, son los siguientes:

1. El daño en los efectos introducidos por el viajero.

En primer lugar, establece el art. 1784 C.c. que la responsabilidad a la que se refiere el artículo 1783 C.c. comprende los daños hechos a los efectos de los viajeros. De este modo, el daño se convierte en el primer presupuesto de la responsabilidad del hostelero; a esto se añade que dicho daño, para provocar la efectiva aplicación de los preceptos señalados, debe producirse, como se ha dicho, en los bienes de los huéspedes; además, dichos objetos, tal y como se establece en el art. 1783 C.c., han de ser *introducidos* por los clientes en las fondas y mesones. Ahora bien, ¿qué se entiende por *efectos*? ¿Cómo se determina su concepto? ¿Qué se entiende por *introducidos*?; por otra

³³⁸ Como se ha señalado, fue la *mala fama* que en épocas pasadas ha acompañado a los fondistas lo que determinó un régimen de responsabilidad no basado en la culpa o negligencia del empresario.

³³⁹ Distinto es, no obstante, que no resulte tarea fácil encontrar supuestos en los que el comportamiento del hostelero no constituya o bien un supuesto de fuerza mayor o bien se trate de un comportamiento culpable. Así, podría pensarse que constituye un caso fortuito el siguiente suceso: un ladrón fuerza una de las entradas exteriores de un hotel inhabilitando así todos los sistemas de seguridad, fuerza asimismo la entrada de varias habitaciones y se hace pasar por empleado del hotel. De esta manera roba dinero, joyas y objetos de valor depositados en las cajas de seguridad. Las cámaras del hotel consiguen identificarlo, pero el botín ya ha desaparecido en el mercado negro. Se trataría este de un supuesto en el que ni se dan los requisitos de la fuerza mayor -puesto que estamos dentro del ámbito de control del empresario-, ni podría entenderse como culpable la actuación del establecimiento hotelero -puesto que para ello se tendría que elaborar un concepto de culpa demasiado amplio-. Habitualmente, este ejemplo constituiría una circunstancia de exoneración de responsabilidad, siendo el ladrón el único responsable en este caso; no obstante, a nuestro entender, la responsabilidad del hostelero sí debe incluir también este supuesto y es por ello que, como se ha defendido en anteriores epígrafes, estemos ante un régimen de responsabilidad objetiva, en el que no se precisa la culpa para hacer surgir la obligación de indemnizar -y ello aunque sea muy frecuente que exista culpa del hostelero en la mayoría de los casos-.

parte, ¿qué daños son indemnizables? ¿Sólo los patrimoniales? A analizar tales cuestiones dedicaremos las páginas siguientes.

- Significado del término *efectos*: especial referencia a los vehículos de los huéspedes.

Ya en Roma se regulaba la responsabilidad de los fondistas y mesoneros por la sustracción de los *equipajes* introducidos en sus establecimientos (Ley I, Título IX, Libro IV del *Digesto*), regulación que en España fue trasladada a las *Partidas* (Título VII, Partida V, Leyes XXVI y XXVII; Título XIV, Partida VII, Ley VII), llegando hasta la *Novísima Recopilación* (Título XXXV, Libro VII)³⁴⁰. No obstante, el término «efectos» del artículo 1783 de nuestro Código Civil actual está tomado del artículo 1952 del *Code français*. Sin embargo, la citada expresión trae consigo el problema de su interpretación: ¿ha de entenderse en sentido amplio o restrictivo? Contestando a tal cuestión, dice MANRESA que se entiende por «efectos» cuanto el viajero puede llevar consigo, incluso los valores, y que la interpretación debe ser amplia y no restrictiva³⁴¹. Según MAROI, con tal denominación, la de efectos, se entenderá tanto a los animales³⁴², los vehículos, como cualquier otro objeto portado por el viajero en el hotel³⁴³. De este modo, ha de interpretarse el concepto en sentido extenso³⁴⁴, incluyendo, no sólo los objetos de uso cotidiano que el viajero porte consigo, sino también el dinero, las joyas o cualquier otro objeto de valor. No es necesario, por tanto, que se reduzca el término a las cosas de uso personal del cliente³⁴⁵.

³⁴⁰BADENAS CARPIO, J.M.: “Sobre la posible publicación...”, pág. 627.

³⁴¹ “Comentario al artículo 1783...”, pág. 994.

³⁴² Por lo que respecta a los animales que el cliente pueda llevar consigo, parece que también pueden incluirse entre los efectos del cliente cuando su entrada estuviese permitida en el establecimiento y hubiese sitio adecuado para ellos. MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 100. En sentido contrario REPRESA POLO, para quien los daños sufridos por el animal, cuya estancia en el establecimiento ha sido admitida por el hostelero, no quedan comprendidos dentro de la esfera de responsabilidad del hostelero, ya que si así fuera se estaría imponiendo una prestación exorbitante a aquél. *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 113.

³⁴³ “La responsabilità dell'albergatore...”, pág. 469.

³⁴⁴ «El término efectos se refiere al equipaje del viajero. Pero, por equipaje hay que entender algo más que la ropa del huésped y aquellos objetos de uso personal, ya que, asimismo, pueden considerarse como tales el dinero, las alhajas, las cámaras fotográficas, los ordenadores personales e, incluso, su vehículo, cuando éste se deje estacionado en los aparcamientos propiedad del hotel y no constituya un contrato de aparcamiento». GONZÁLEZ CABRERA, I.: “La seguridad del turista...”, pág. 23.

³⁴⁵ Por efectos hay que entender objetos de todo tipo que el huésped introduzca en el hotel (maletas, ropa, trapejos de aseo, llaves de la vivienda, del coche, teléfono móvil, cámara de fotos, objetos personales de todo tipo...). También los vehículos deben considerarse un efecto del viajero. BARRERA PÉREZ, M.: “Responsabilidad de los hoteleros...”..., pág. 240. Esta interpretación amplia del término «efectos» conduce a lo que ya tuvimos oportunidad de aclarar en páginas anteriores: los arts. 1783 y 1784 C.c. están pensados para cualquier tipo de objetos, tanto los de uso cotidiano, como los de valor, pese a que estos

Por otra parte, no será necesario que los objetos sean propiedad del huésped³⁴⁶, pudiendo estos pertenecer a otra persona. Ahora bien, en principio, la reclamación de indemnización corresponde exclusivamente al viajero, y no al propietario del objeto³⁴⁷.

A ello se añade que no todos los daños realizados a los efectos que se encuentren en el ámbito de control del hostelero generarán responsabilidad, es decir, el titular del establecimiento, así como sus auxiliares, pueden impedir la introducción de objetos que consideren peligrosos, prohibidos, que supongan un estorbo extraordinario, o que, por su empleo comercial, industrial o científico no estén destinados al servicio del cliente y resulten, por ello, totalmente ajenos a la exigencia del hospedaje³⁴⁸. Conforme a la buena fe, debemos entender que de todos los objetos que el hostelero rechace por causa justificada, -como pueden ser las armas-, no debe éste responder, pues de lo contrario se le estaría atribuyendo un riesgo que no tiene por qué soportar.

Sin embargo, pese a que todo lo dicho hasta ahora con respecto a los efectos del viajero no ha sido apenas objeto de polémica doctrinal ni debate jurisprudencial, dedicaremos las siguientes páginas al análisis de una cuestión que sí ha gozado de cierta controversia: la consideración o no de los vehículos como efectos introducidos por los clientes en el establecimiento hotelero. Ha sido este un asunto en el que siempre ha existido gran disparidad de criterios, lo cual ha entorpecido que la jurisprudencia mantenga una postura estable y sólida al respecto.

últimos deban ser, con el fin de garantizar su efectiva custodia, entregados en recepción o depositados en caja de seguridad. Así también SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, A.: “Cajas de seguridad...”, págs. 723 y 724.

³⁴⁶ No es necesario que se trate de objetos pertenecientes al viajero; «la desaparición o el deterioro de los efectos no deja de producirse porque la propiedad pertenezca a un tercero, ante quien haya de justificarse y responder a su vez el huésped que los llevaba». PÉREZ SERRANO, N.: *El contrato de hospedaje...*, pág. 222.

³⁴⁷ «La pretensión de indemnización de las cosas ajenas introducidas por el huésped compete exclusivamente a éste». SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “El depósito derivado del hospedaje...”, pág. 390. «La responsabilidad del fondista sólo tiene lugar frente a los huéspedes». MARÍN PÉREZ, P.: “Comentario al artículo 1783...”, pág. 527. La persona ante la cual se responde es el viajero. Él es el acreedor de la prestación de custodia impuesta al hostelero y quien puede exigir la correspondiente responsabilidad en caso de incumplimiento; por tanto, solamente el huésped es titular del interés protegido con este deber derivado del hospedaje. MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 105. Sobre este particular también se pronuncia REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 113. Pese a las opiniones doctrinales, y teniendo en cuenta que en casi la totalidad de los casos es este el planteamiento más lógico, debemos hacer notar que pueden darse en la práctica determinados casos que nos conduzcan a conclusiones distintas; así, si imaginamos a un huésped que se aloja en un establecimiento hotelero por motivos estrictamente profesionales y lleva consigo material del que es propietaria la empresa para la cual trabaja, resulta coherente que esta última pueda también reclamar en caso de pérdida o deterioro de los efectos.

³⁴⁸ JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pág. 509. En cuanto a los objetos peligrosos, el hostelero no sólo tiene derecho a rechazar su custodia, sino que tiene la obligación de impedir su introducción para así garantizar la seguridad del hotel.

Ante todo, conviene señalar que, evidentemente, se va a abordar el problema solamente en los casos en los que el vehículo está estacionado en el hotel o en un establecimiento custodiado por éste. Así, para que surja la responsabilidad del hostelero es necesario que el vehículo se encuentre ubicado en el aparcamiento del hotel, entendido éste como «un recinto adecuado (...), no siendo suficiente que el vehículo quede estacionado en aquellas plazas de aparcamiento cercanas al establecimiento»³⁴⁹. En este sentido, la SAP de Tarragona de 5 de mayo de 1994 establece lo siguiente: «sólo merece conceptuarse como local propiamente destinado al 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 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 de paso por empleados del hotel, ya se vigile o no permanentemente el lugar, mas no aquellos lugares de estacionamiento de acceso libre y abierto»³⁵⁰.

³⁴⁹ REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 119.

³⁵⁰ La SAP de Málaga de 26 de septiembre de 2000 declara que el aparcamiento del hotel está configurado de la siguiente manera: «recinto vallado, con dos puertas correderas y con dos cámaras de vídeo que comunican con sus respectivos monitores ubicados en la recepción del establecimiento; el uso del aparcamiento está reservado para los clientes del hotel, personal de servicio del mismo y/o clientes de otras actividades que se realizan en las instalaciones del complejo turístico». Por el contrario, también existen sentencias en las que precisamente por las características del terreno donde se aparca el vehículo, se excluye la responsabilidad del establecimiento. Así, la SAP de Almería de 20 de diciembre de 1999 en la que se dice que «se trata de un espacio abierto en la calle adherido al hotel, que simplemente facilita el aparcamiento cercano al hotel, ofreciendo comodidad a los clientes, pero que en ningún caso se ha acreditado que el hotel ofrezca ese servicio con carácter vigilado y custodiado que obligue a éste a responder (...) el lugar donde aparcan los clientes del hotel es en la calle, delante del establecimiento», o la SAP de Alicante de 6 de marzo de 2003: «El terreno en cuestión está sin asfaltar, no existe vallado, carece de puerta de entrada, y no hay cartel alguno que prohíba el acceso a terceros, o señale la privacidad del mismo, y tampoco existe delimitación para el aparcamiento de los vehículos». En idéntico sentido la SAP de Valencia de 30 de septiembre de 2003, en la que se señala que «el parking en cuestión se trata de un aparcamiento abierto y gratuito, del que ninguna obligación de vigilancia se derivaba para la sociedad hotelera (...)». De este modo, podríamos concluir que si se trata de un recinto abierto en los alrededores del hotel, es decir, un lugar de estacionamiento de acceso libre y abierto, el titular del hotel no responde; «en cambio, si se trata de un recinto cerrado para aparcamiento de vehículos, ubicado en el local principal o anejo pero incorporado al de hospedaje, al que sólo tengan acceso turistas, bien de clientes hospedados o de terceros que sean admitidos y cuyo acceso esté de algún modo controlado (...) el hotel sí será responsable de los mismos». BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El contrato de aparcamiento...*, pág. 36. Tampoco existirá responsabilidad del hotel en aquellos casos en los que el hostelero simplemente se haya limitado a aconsejar al huésped dónde puede estacionar su automóvil. REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 128. En este sentido PÉREZ MARTELL y GONZÁLEZ CABRERA, para quienes ninguna responsabilidad podrá reclamarse al hospedador por el estacionamiento del vehículo en la vía pública o en otros lugares sugeridos o habilitados más o menos distantes del entorno del hotel, aun cuando los mismos se hallen reservados prioritariamente para los clientes de éstos. *El alojamiento turístico...*, pág. 148.

Por tanto, no serán objeto de análisis todos aquellos otros supuestos en los que el automóvil se encuentre estacionado en un lugar distinto, del que ninguna obligación de vigilancia se derive para el hotel, a no ser que, aunque el robo haya tenido lugar en un recinto sin control de acceso y sin vigilancia, dicho robo haya sido consecuencia de la sustracción previa de las llaves del vehículo depositadas correctamente en la caja de seguridad de la habitación³⁵¹.

Tras la anterior aclaración, conviene examinar si los arts. 1783 y 1784 C.c., encargados de regular la responsabilidad del hostelero por los efectos introducidos en el establecimiento hotelero, son de aplicación para el caso de los vehículos, o si, por el contrario, el daño sufrido en el automóvil del cliente debe regirse por otros preceptos distintos. Es decir, basaremos nuestro estudio en examinar si el vehículo del huésped, introducido dentro de la esfera de control del hotel, debe ser considerado objeto del viajero, a los efectos de los preceptos señalados.

Al contrario de lo que sucede en otros Códigos europeos³⁵², nada se dice en el Código Civil español sobre si los vehículos deben o no considerarse efectos de los viajeros. No obstante, si tenemos en cuenta las definiciones a las que anteriormente hemos hecho referencia, parece que la doctrina se muestra a favor de una interpretación amplia del término³⁵³. Debido a ello, quizás, la mayor parte de los pronunciamientos

³⁵¹ En sentido contrario, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 832.

³⁵² En Alemania, el §701.4 BGB expone que la obligación de indemnizar no se extenderá a los vehículos ni a las cosas depositadas en ellos. Esta decisión se basó principalmente en dos razones: en primer lugar, se consideró que al no gravarse con una responsabilidad especial a los responsables de los aparcamientos vigilados y garajes, tampoco había motivos para hacerlo en el caso de los hospederos; en segundo lugar, se consideró que los huéspedes no carecen de protección en tal sentido, pues ésta la pueden obtener mediante la contratación de un seguro a todo riesgo del vehículo y un seguro de equipajes. RODRIGUEZ BUJÁN, J.: “La responsabilidad de los hospederos...” pág. 160. Por su parte, en Italia, es el artículo 1785 quinquies del *Codice Civile* el que establece que las disposiciones en las que se regula la responsabilidad por las cosas introducidas en el hotel no se extiende a los vehículos, ni a las cosas depositadas en los mismos. En este sentido, tanto el BGB como el *Codice Civile* italiano no extienden la obligación de indemnizar ni a los vehículos ni a las cosas en ellos depositadas; por el contrario, el *Code* francés se limita a disponer en su artículo 1954 que los hosteleros son responsables de los objetos dejados en vehículos estacionados en las instalaciones del hotel hasta cincuenta veces el precio de la habitación por día; sin embargo, en España existe un vacío legal al respecto que obliga a los tribunales a ir elaborando paulatinamente cuál sería la solución más idónea en cada caso.

³⁵³ Décadas atrás, el viajero solía llegar a la fonda en caballo, quedando éste en las cuadras al cuidado del fondista o de sus auxiliares. Esto posibilita que parte de la doctrina aprecie cierto paralelismo entre ambas situaciones y explica que, desde antiguo, exista un grupo de autores partidarios de considerar el vehículo uno más de los bienes del viajero en el sentido de los arts. 1783 y 1784 C.c. BARRERA PÉREZ, M.: “Responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 240. En el mismo sentido MANRESA, para quien los daños inferidos a las caballerías eran susceptibles de indemnización, por no haberse tenido en las cuadras de la posada el cuidado debido con ellas. “Comentario al artículo 1783...”, pág. 994. Asimismo PÉREZ MARTELL y GONZÁLEZ CABRERA, cuando señalan que «tradicionalmente se hacía al mesonero u

que se han encargado de tratar este asunto son partidarios de la aplicación de los arts. 1783 y 1784 C.c.³⁵⁴, considerando el vehículo un efecto más de los que el huésped introduce en el establecimiento hotelero; de este modo, son numerosas las Sentencias que optan por atribuir responsabilidad contractual al hotel por la pérdida o por los daños ocasionados al vehículo con base en dichos preceptos³⁵⁵. Así, la SAP de Sevilla de 2 de junio de 2004 es un claro ejemplo de la aplicación de estos artículos para el caso que nos ocupa. En ella se extiende la responsabilidad contractual de los hosteleros por los efectos introducidos en el hotel también a los vehículos, considerándolos, sin objeciones, uno más de los efectos introducidos en el establecimiento por el viajero³⁵⁶.

hospedador responsable de los bienes que el viajero introducía en la posada. Entre estos bienes se encontraban su montura o carruaje. Dicho carruaje o montura puede ser entendido, con el paso del tiempo, como el vehículo a motor que utiliza el cliente para su traslado, entendiéndose por tal su coche (propio o de alquiler), motocicleta, bicicleta o similar». *El alojamiento turístico...*, pág. 134.

³⁵⁴ También así parte de la doctrina. En este sentido SANTOS BRIZ, para quien el depósito del vehículo queda adherido al contrato de hospedaje, siendo de aplicación los artículos 1783 y 1784 C.c., porque el vehículo es un efecto introducido por el viajero. “El contrato de garaje”, pág. 129. De la misma opinión es RODRÍGUEZ BUJÁN, para quien si el servicio de parking es gratuito, incluido en el precio de la habitación, se trataría de un depósito necesario regulado en el artículo 1783 C.c. “La responsabilidad de los hospederos...”, pág. 156. En sentido contrario, BALLESTEROS DE LOS RÍOS afirma que la propia Jurisprudencia del TS estima que «la responsabilidad de los hosteleros se basa en el riesgo profesional y nace por el hecho de introducir en el hotel los efectos por el huésped, sin necesidad de un previo contrato de depósito y sin que se precise la aceptación del fondista que queda desde ese momento y hasta la terminación del contrato de hospedaje responsable de los daños o la pérdida de los efectos introducidos, siempre y cuando se ponga en conocimiento del hotelero la introducción de los efectos en el hotel y se observe por el huésped las prevenciones que aquél o sus empleados le hagan sobre el cuidado y vigilancia de los objetos. Ahora bien, el régimen previsto para la introducción de cosas y efectos de los viajeros en las fondas y mesones en los artículos 1783 y 1784 CC, en principio, no parece aplicable al supuesto de dejar el vehículo en el aparcamiento del hotel, sino que parece más adecuado estimar que dicho supuesto se aproxima algo más, a un depósito voluntario que a un depósito necesario». *El contrato de aparcamiento...*, pág. 35.

³⁵⁵ Se debe matizar que la jurisprudencia únicamente aplica estos artículos cuando existe relación contractual entre las partes. Así, será del todo inviable, tal y como señala la SAP de Las Palmas de 30 de marzo de 2010, «reclamar una cantidad en indemnización de daños y perjuicios frente a unos depositarios con base en un contrato de hospedaje que obviamente no vincula a la entidad actora y a la entidad demandada sino exclusivamente a esta última entidad con el cliente del hotel que entregó las llaves del vehículo en la recepción del hotel». Dicho de otro modo, el propietario del vehículo no podrá exigir responsabilidad contractual al hotel, con base en los arts. 1783 y 1784 C.c., en todos aquellos casos en los que no sea cliente del mismo, puesto que solamente está legitimado para exigir responsabilidad contractual éste último. Sin embargo, afirmar esto de manera rotunda choca con algo que hemos señalado anteriormente; así, ¿no resultaría del todo lógico que si el cliente de un hotel se aloja en el mismo por motivos profesionales y lleva consigo el automóvil que la empresa le ha proporcionado pueda ésta exigir responsabilidad en caso de pérdida o deterioro del vehículo?

³⁵⁶ Dice textualmente dicha resolución en su Fundamento 4º lo siguiente: «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 conocimiento del hotel que le expide los documentos o mecanismos necesarios para su entrada y salida de las instalaciones hoteleras». Por tanto, según esta sentencia, «el vehículo debe quedar amparado por la responsabilidad consagrada en los artículos 1783 y 1784 C.c.». BARRERA PÉREZ, M.: “Responsabilidad de los hosteleros...”, pág. 240.

Otros pronunciamientos, sin embargo, son favorables a la aplicación de las reglas generales para atribuir responsabilidad al establecimiento³⁵⁷. La aplicación de los arts. 1101 y ss. C.c., en vez de los artículos 1783 y 1784 C.c., se basa principalmente en considerar la falta de vigilancia del establecimiento un incumplimiento contractual del que se deriva responsabilidad del mismo tipo.

Otra de las vías utilizadas por los Tribunales es la aplicación del régimen previsto para la responsabilidad extracontractual. En este sentido, la SAP de Sevilla de 22 de mayo de 2007, aun reconociendo que «nos encontramos ante un contrato de depósito del vehículo que 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)», curiosamente aplica los artículos 1902 y ss. del Código Civil³⁵⁸. Esta solución creemos que es del todo insólita, puesto que aun reconociendo la infracción de los artículos 1783 y 1784 C.c. -generadores ambos de responsabilidad contractual-, atribuye al hotel responsabilidad extracontractual.

Por último, tampoco han faltado resoluciones que aplican la concurrencia de responsabilidades a todos aquellos casos en los que el vehículo del cliente es sustraído o sufre daños durante el lapso de tiempo en el que permanece estacionado en un recinto vigilado por el establecimiento hotelero. Entre ellas, destaca la STS de 1 de febrero de 1994, según la cual la sustracción del vehículo que se produce en el aparcamiento del

También en idéntico sentido se pronuncia la SAP de Baleares de 4 de diciembre de 2003 y la SAP de Baleares de 29 de enero de 2010.

³⁵⁷ En este sentido se pronuncia la SAP de Málaga de 26 de septiembre de 2000, en la que se establece que «el deber de indemnizar o resarcir encuentra su fundamento legal en el art. 1101 del Código Civil. En el caso que nos ocupa, los demandantes afirman la existencia de un contrato mixto y atípico de hospedaje y aparcamiento, suscrito con la demandada, reclamando la indemnización de los daños y perjuicios causados por un defectuoso cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por dicha demandada, esencialmente referidas a la custodia de un vehículo propiedad de uno de los actores, sustraído cuando se hallaba estacionado en el recinto de aparcamiento del establecimiento hotelero propiedad de aquélla».

³⁵⁸ Dice la sentencia citada en su Fundamento 1º lo que sigue: «Nos encontramos ante un contrato de depósito del vehículo que 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». Continúa diciendo más adelante: «Concurren como elementos de la responsabilidad extracontractual: el comportamiento ilícito de los que omitieran el deber de vigilancia, el daño patrimonial, y el nexo causal proporcionado al evento (la falta de vigilancia favorece eficazmente la sustracción); el perjudicado no incurrió en ninguna conducta culpable pues cedió el uso del vehículo a persona responsable que actuó con la diligencia debida, dejando el vehículo depositado en un aparcamiento vigilado y, finalmente, la culpa, aunque es directamente atribuible a los empleados de la vigilancia, también es transferible a la empresa hotelera, puesto que la obligación que impone el artículo 1902 es exigible por hechos ajenos de los que otro deba responder, según el artículo 1903, concretamente de acuerdo con el supuesto que contempla el párrafo 4.º (ambos artículos del Código Civil)».

hotel genera ambos tipos de responsabilidades³⁵⁹, por lo que debe reconocerse como aplicable el principio de «unidad de culpa civil». Según esta sentencia, la responsabilidad del hotel por incumplimiento de la obligación de custodia puede calificarse como contractual y como extracontractual³⁶⁰.

Dicho esto, y analizadas todas las posturas que han mantenido nuestros Tribunales, según nuestro criterio lo más coherente es defender una postura diversa. A nuestro parecer, el término *efectos*, al que hace alusión el art. 1783 C.c., no debe

³⁵⁹ La sentencia mencionada declara al respecto en su fundamento 5º lo siguiente: «debe reconocerse 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, junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera 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 [Sentencia de 9 marzo 1983 (RJ 1983\1463), entre otras muchas], criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida unidad conceptual [Sentencia de 20 diciembre 1991] que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 febrero 1993 (RJ 1993\1457)] o yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que da 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 más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 febrero 1993 (RJ 1993\771)»]. En el mismo sentido que la STS de 1 de febrero de 1994 se pronuncia la STS de 8 de abril de 1999.

³⁶⁰BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El contrato de aparcamiento...*, pág. 150. De igual modo la STS de 8 de mayo de 2008, según la cual, «ya sea a través de lo dispuesto en los arts. 1101, 1103 y 1104 o de lo consagrado en los arts. 1902 y 1903.4 deberá de acogerse la pretensión actora. A tal respecto conviene precisar que según reiterada y constante doctrina y jurisprudencia -SSTS de 24 de marzo y 23 de diciembre de 1952, 15 de febrero de 1993 y 1 de febrero de 1994 entre otras-, en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, el perjudicado no solo puede optar entre una u otra acción, sino además incluso en proporcionar los hechos al Juzgador para que sea este quien aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, siempre y 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. Con fundamento en los arts. 1902 y 1903.4 CC, puesto que a partir de un origen lícito, cual es la utilización por el usuario de un vehículo, del parking del hotel en que se hospeda, se produce, por un acto ilícito, esto es el descuido o la omisión en el deber de vigilancia de los empleados del hotel encargados del aparcamiento, la acción antijurídica de la sustracción con el daño consiguiente al tercero propietario del vehículo y a la entidad aseguradora de este que indemniza a aquel por dicha sustracción. Se dan todos los elementos de la responsabilidad extracontractual: el comportamiento ilícito de los que omitieron el deber de vigilancia, el daño patrimonial, y el nexo causal proporcionado al evento -la falta de vigilancia favorece eficazmente la sustracción-. Con fundamento en los arts. 1101, 1103 y 1104 CC, en cuanto que existiendo un contrato de hospedaje, entre los servicios y obligaciones que por imperativo legal -Orden Ministerial de 21 de julio de 1966 (RCL 1966, 1468) y Decreto 110/86 de la Consejería de Turismo, Comercio y Transportes de la Junta de Andalucía de 18 de junio de 1986-, debe de prestar el hotel, se encuentra el servicio de garaje para la guarda de los vehículos de los clientes, generándose una responsabilidad contractual derivada de culpa o negligencia desde el momento en que se le sustrae a uno de ellos su vehículo cuando lo tenía estacionado en el parking del hotel, por la falta de vigilancia de sus empleados».

comprender a los vehículos de los clientes, lo que excluiría la aplicación de los artículos 1783 y 1784 C.c. Y ello principalmente por una razón: aunque el establecimiento hotelero tiene el deber legal, por imperativo de los preceptos señalados, de custodiar los objetos que el huésped trae consigo, dicho deber consideramos que no debe extenderse a los vehículos, ya que la problemática que éstos presentan es distinta y no se trata de objetos que, como los demás, *necesariamente* deba portar el huésped³⁶¹.

Por tanto, en estos casos creemos más coherente aplicar la ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos³⁶². Establece el art. 2 de la mencionada ley lo siguiente: «Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley: a) Los estacionamientos en las denominadas zonas de estacionamiento regulado o en la vía pública, tanto si exigen el pago de tasas como si éstas no se devengaren; b) Los estacionamientos no retribuidos directa o indirectamente; c) Cualesquiera otros que no reúnan los requisitos señalados en el artículo 1»³⁶³. Si tenemos en cuenta que el caso objeto de estudio no responde a ninguno de los supuestos señalados, no vemos objeción en aplicar dicha ley al caso que nos ocupa³⁶⁴.

³⁶¹ Es cierto que el Código Civil español no cuenta con una norma que, como el §701.4 BGB o el art. 1785 quinques del *Codice Civile*, disponga que las disposiciones en las que se regula la responsabilidad por las cosas introducidas en el hotel no se extiende a los vehículos, pero no es menos cierto que cabe hacer una interpretación restrictiva de los artículos 1783 y 1784 C.c. en este sentido, al no ser aquéllos, como venimos diciendo, efectos que el cliente tenga que portar consigo en todo caso.

³⁶² Según expone el TS en la conocida sentencia de 22 de octubre de 1996, el contrato de aparcamiento de vehículos participa de los caracteres del contrato de depósito y del contrato de arrendamiento. Así, dice textualmente la mencionada sentencia que «el llamado contrato de aparcamiento, es de índole mixta pues su configuración contiene elementos del contrato de arrendamiento (parcela expedita donde estacionar) y elementos del contrato de depósito (obligación de restitución), junto con las demás prestaciones accesorias que se pacten». En sentido opuesto, REPRESA POLO, para quien este planteamiento no resulta convincente debido a que las obligaciones del garajista son únicamente las propias del depositario debido principalmente a tres motivos que ella misma enumera: «custodia como fin del contrato y prestación principal, entrega de los bienes, que supone la constitución de un estado posesorio y, finalmente, restitución del objeto al término del contrato». *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 126.

³⁶³ Antes de la modificación que dicha ley sufre a través de la ley 44/2006, de mejora de la protección del consumidor, no era aplicable al supuesto objeto de estudio: el art. 2.b de la ley reguladora del contrato de aparcamiento disponía que quedaban excluidos de su ámbito de aplicación los estacionamientos que se realicen en locales o recintos dependientes o accesorios de otras instalaciones o que sean gratuitos. De este modo, hasta la reforma de 2006, la ley de aparcamiento no parecía la idónea para regular los estacionamientos realizados por los huéspedes en los hoteles; pero debido a que este apartado ha sido modificado, recogiendo como única causa de exclusión el carácter gratuito de dicho aparcamiento, debemos afirmar que dicha ley sí puede ser aplicada a los estacionamientos que se realicen en los hoteles. En estos casos, la empresa será responsable de los defectos que pudieran producirse al vehículo y a los componentes o accesorios fijos del mismo, porque los deberes de custodia y restitución son intrínsecos al propio contrato de aparcamiento.

³⁶⁴ Podría pensarse qué sucede en aquellos casos en los que el huésped ha sido invitado a su estancia por el propio hotel y en los que no hay remuneración. Pero incluso en este caso nos parece defendible la aplicación de la ley reguladora del contrato de aparcamiento ya que, desde una interpretación teleológica

Así las cosas, y sin necesidad de diferenciar, como sí ha hecho parte de la doctrina³⁶⁵, entre el servicio de aparcamiento que se abona por separado y aquel otro que va incluido en el precio del hospedaje³⁶⁶, consideramos que la aplicación de la Ley 40/2002 es más acertada que la aplicación de los arts. 1783 y 1784 C.c.³⁶⁷, así como también de los artículos 1101 y ss. del C.c., ya que el régimen especial debe prevalecer sobre el general, sin perjuicio de que este último complete a aquél en lo no específicamente previsto.

Además, según el art. 1.1 de la ley reguladora del contrato de aparcamiento, encargado de señalar cuál es su ámbito de aplicación «la presente Ley establece el régimen jurídico aplicable a los aparcamientos en los que una persona cede, como

del artículo 2, se deduce que lo que se pretende es excluir del ámbito de aplicación de esa ley el servicio de aparcamiento prestado por particulares.

³⁶⁵ Al abonarse por separado «una determinada cantidad de dinero por el uso y disfrute del aparcamiento del vehículo en un garaje conjuntamente con la habitación del hotel, el primero de los servicios se integraría no en el contrato de alojamiento, sino en el de aparcamiento». PÉREZ MARTELL, R. y GONZÁLEZ CABRERA, I.: *El alojamiento turístico...*, págs. 135 y ss. Del mismo modo la SAP de La Coruña de 6 de marzo de 2007 en la que se señala que «en aquellos supuestos en los que el servicio de estacionamiento es ofertado al usuario con otro principal, pero de forma independiente y opcional para éste, cabe interpretar que ya no se da esa relación de dependencia, quedando entonces comprendido en el ámbito de aplicación de la LCAV (...). Estamos, en efecto, ante un aparcamiento que reúne las condiciones previstas en el art. 1 de esta ley, al realizarse en un espacio cedido a cambio de un precio por el tiempo de estacionamiento, y del cual es titular el hotel (...) El hecho de que el aparcamiento suponga una actividad complementaria del negocio de hostelería que desarrolla la sociedad apelante en otra instalación, no significa que su utilización se haga de forma dependiente y meramente accesoria en función de la actividad principal que se realiza en el establecimiento hotelero, a los efectos de excluir el presente contrato del ámbito aplicativo de la LCAV, con arreglo al art. 2.b de la ley (hoy modificado) puesto que, en este caso, si bien el servicio de estacionamiento es ofertado por el hotel a sus clientes junto con el de alojamiento, de carácter principal, tal ofrecimiento se hace de forma independiente y opcional para el usuario». Así también la STS de 8 de mayo de 2008, al afirmar que el hecho de que los 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, 7238), el deber de vigilancia». A esto se añade, según la comentada resolución, que en aquellos casos en los que el aparcamiento no se retribuye de manera independiente por el cliente, no tiene la cualidad de contrato autónomo.

³⁶⁶ No creemos que sea necesario distinguir debido principalmente a que el propio artículo 2 de la ley 40/2002 establece expresamente que no quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley los estacionamientos retribuidos indirectamente, los cuales tienen lugar en aquellos casos en los que el servicio de parking va incluido en el precio del hospedaje, no abonándose por separado.

³⁶⁷ En contra, la SAP de Zaragoza de 10 de julio de 2001, según la cual: «tanto en el caso de incluirse el garaje en el complejo de prestaciones refundidas en el hospedaje, como si se le concibe como prestación autónoma y diferenciada, lo que en supuestos como el de autos procederá será la aplicación del art. 1783 del Código Civil, con arreglo al cual los actores debieron observar las prevenciones que sobre el cuidado y vigilancia de los efectos introducidos consta quedaron realizadas mediante la advertencia, hecha visiblemente en el garaje con el correspondiente anuncio, de que el hotel no respondía del dinero, objetos o prendas de valor no depositadas en la recepción del establecimiento mediante entrega de recibo». Es decir, también existen pronunciamientos, como se ha establecido anteriormente, partidarios de aplicar en todo caso los arts. 1783 y 1784 C.c., con total independencia de considerar el servicio de parking como incluido o no dentro del contrato de hospedaje.

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 de estacionamiento», lo que no hace más que confirmar que es aplicable al caso que nos ocupa³⁶⁸.

No obstante, pese a mantener una postura favorable a la aplicación de la ley reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, creemos que aplicar uno u otro régimen -arts. 1783 y 1784 C.c. o la ley 40/2002-, genera, en bastantes ocasiones, consecuencias jurídicas similares. Así, «con independencia de que estemos ante un contrato de aparcamiento como ante un depósito necesario, el hospedador-garajista o el hostelero asumen la responsabilidad por la sustracción y por los daños producidos al vehículo. En el primer caso, porque el automóvil es el elemento principal del contrato de aparcamiento y, en el segundo, porque habrá de considerarse como un efecto más de los introducidos por el huésped en el hotel. En el contrato de aparcamiento, el garajista asume, asimismo, la responsabilidad por todos los componentes o accesorios fijos del vehículo, a excepción de los radiocasetes (...) Si estamos ante un depósito necesario, la extensión de la responsabilidad del hospedador por la sustracción o daños a dichos accesorios parece obvia»³⁶⁹.

Para concluir, mención especial merece el alcance material de la obligación de custodiar las cosas introducidas en el automóvil.

En aquellos casos en los que el hostelero haya asumido, expresa o tácitamente, una obligación de custodia del vehículo -que en estos casos no es una obligación legal-, surge la duda de si este deber de custodia alcanza también a los objetos que el huésped haya dejado en el interior del automóvil. Es decir, el problema surge a la hora de determinar si también los objetos introducidos en el vehículo generarán responsabilidad.

³⁶⁸ La única dificultad de los aparcamientos de los hoteles estribaría en determinar cuándo se puede interpretar que el hotel ha asumido los deberes de vigilancia y control a los que alude el artículo. Según nuestro criterio, ello es claro cuando el huésped paga un precio distinto por el servicio de aparcamiento (que sería la contrapartida o contraprestación del deber de custodia), pero también cuando hay indicios objetivos de que el aparcamiento está vigilado como el hecho de constituir un recinto cerrado.

³⁶⁹ PÉREZ MARTELL, R. y GONZÁLEZ CABRERA, I.: *El alojamiento turístico...*, págs. 147 y 148. No obstante, hay que poner de manifiesto que también se observan diferencias. De este modo, si se aplica la ley reguladora del contrato de aparcamiento hemos de aceptar como causa de exclusión de la responsabilidad el caso fortuito. «Y ello porque estamos ante una responsabilidad de carácter subjetivo». GONZÁLEZ CABRERA, I.: “El doble tratamiento jurídico...”, pág. 136.

Al abordar esta cuestión, se ha diferenciado entre aquellos objetos que son propios del interior del vehículo y que forman parte integrante del mismo, de aquellos otros objetos que son completamente extraños y ajenos a él. La responsabilidad variará según los casos: los primeros deberán ser restituidos junto al automóvil, mientras que la restitución de los segundos dependerá del caso concreto. Por tanto, será pertinente que realicemos un análisis por separado de la responsabilidad en uno y otro caso³⁷⁰:

- Cuando los objetos sustraídos forman parte integrante del vehículo: en estos casos, en los que los objetos que han sufrido daños o han sido robados pertenecen al automóvil, la jurisprudencia se mantiene unánime: el vehículo es un bien único y, por tanto, carece de sentido fragmentarlo en sus distintos componentes para tipificar el deber de vigilancia respecto a alguno de ellos con exclusión de los demás³⁷¹. El problema surge con aquellos objetos que, aun perteneciendo al vehículo, son extraíbles; en estos casos, es exigible al usuario la adopción de las medidas necesarias para evitar la sustracción si el objeto se puede extraer³⁷²; si no se hace así, se exonerará de responsabilidad al titular del aparcamiento por la sustracción o por los daños provocados a dichos objetos³⁷³.
- Cuando los objetos sustraídos no forman parte integrante del vehículo: en estos casos la doctrina mayoritaria entiende que la responsabilidad no debe extenderse a cualquier objeto que se encuentre en el interior del vehículo, lo cual conllevaría una carga excesiva para el titular del aparcamiento, a no ser, claro está, que el titular del mismo haya aceptado y se haya responsabilizado, conforme a las pautas del artículo 3.2 de la ley 40/2002, de la restitución de otros objetos distintos e igualmente introducidos en el vehículo por el usuario; en tales supuestos, en los que el garajista-hostelero presta tal servicio, se amplía

³⁷⁰ La obligación de custodia y vigilancia no puede ser medida en los mismos términos para todos los casos». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Porteros, garajes...”, págs. 15 y 16.

³⁷¹ Así, la SAP de Madrid de 8 de marzo de 1996 en la que se establece que: «no se puede fragmentar el vehículo en sus diversos componentes para concretar el deber de vigilancia en relación con unos y no con otros, se ha de considerar al vehículo en su integridad, a diferencia de las cosas u objetos en él dejados y no declarados». Será de aplicación el primer párrafo del artículo 3.1 c) de ley 40/2002 en el que se obliga al titular del aparcamiento a «restituir al portador del justificante, en el estado en el que le fue entregado, el vehículo y los componentes y accesorios que se hallen incorporados funcionalmente de manera fija e inseparable a aquél y sean habituales y ordinarios, por su naturaleza o valor, en el tipo de vehículo de que se trate».

³⁷² AYLLÓN SANTIAGO, H.: “Problemas actuales del contrato...”, pág. 896.

³⁷³ MARTÍ SÁNCHEZ, N.: “Algunos aspectos del contrato de aparcamiento...”, pág. 1668. El párrafo segundo del art. 3.1 c) de la ley 40/2002 se pronuncia en idéntico sentido al afirmar que «en todo caso, los accesorios no fijos y extraíbles, como radiocassettes y teléfonos móviles, deberán ser retirados por los usuarios, no alcanzando, en su defecto, al titular del aparcamiento la responsabilidad sobre restitución».

su responsabilidad también a los mencionados objetos. En los casos restantes, sin embargo, lo que realmente asume el titular del aparcamiento es la responsabilidad por la pérdida o daños sufridos en el automóvil o en los accesorios que se hallen incorporados funcionalmente de manera fija e inseparable a aquél, pero resultaría del todo descabellado hacerle responsable de la sustracción de objetos de valor no pertenecientes al vehículo, cuando nadie le ha advertido de su existencia. Así, la SAP de Toledo de 7 de noviembre de 2001 dice que: «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»³⁷⁴.

- Significado del término *introducidos*.

De la lectura de los artículos 1783 y 1784 C.c. se desprende que para que el daño se convierta en presupuesto de la responsabilidad debe producirse en los efectos que hayan sido *introducidos por los viajeros en las fondas y mesones*; ahora bien, ¿a qué se refiere el legislador cuando emplea el término «introducidos»?

Sin duda, este requisito viene a confirmar algo lógico: el daño en las cosas del cliente ha de producirse en la esfera de control del empresario; de lo contrario, no podremos hablar de responsabilidad³⁷⁵. No obstante, no hace falta que los efectos hayan sido materialmente introducidos en el establecimiento hotelero, sino que bastará con que hayan sido entregados a cualquiera de los empleados del hotel, bastando también con

³⁷⁴ Continúa diciendo esta sentencia que «hacerle responsable de la sustracción de objetos de valor no pertenecientes al vehículo, cuando nadie le ha advertido de su existencia, contravendría igualmente el principio de equivalencia de las contraprestaciones de las partes, pues una de ellas, por un precio irrisorio en proporción al valor de lo depositado, podría tener cubierta la eventualidad de sustracción de objetos valiosos, sin más que guardándolos en el interior de su automóvil y estacionar este en un garaje. Llevada la tesis hasta sus últimas consecuencias, se podría llegar al resultado absurdo de ser preferible el guardar los objetos de valor en el coche depositado en un garaje, que en la propia casa o en una entidad bancaria, e incluso los propios bancos guardarían su dinero en coches estacionados en garajes, ahorrándose con ello enormes costes de custodia y seguro de robo, pues sería el garajista quien respondiera en todos los casos». En el mismo sentido, la SAP de Tarragona de 18 de julio de 2005.

³⁷⁵ Ahora bien, los efectos del cliente se hallan en la esfera de control del empresario, tal y como afirma la SAP de La Coruña de 3 de mayo de 2012, con independencia de que los datos del cliente se hubieran tomado antes o después de la sustracción. Señala literalmente la citada resolución lo siguiente: «la entidad hotelera no puede ser considerada jurídicamente ajena a las vicisitudes de un equipaje perteneciente a quien está en sus instalaciones por razón de la relación de hospedaje -con independencia de que sus datos se hubieran tomado inmediatamente antes, durante o inmediatamente después de la sustracción- y respecto de cuyos bienes la empresa ya ha adoptado medidas insertas en su ámbito organizativo como es la determinación del lugar donde han de ser depositados, aún de forma provisional e interina».

dejarlos en el sitio señalado por el hostelero o por personas que trabajan para él. De este modo, «se establece que existe introducción desde que la empresa hostelera se hace cargo de los equipajes con vehículo de su propiedad. Por tanto, el concepto de “introducción”, a los efectos de la responsabilidad de los hosteleros, es jurídico o legal, no material o físico»³⁷⁶.

Así las cosas, es suficiente para que nazca la responsabilidad, que «los efectos hayan sido introducidos en el establecimiento, sin importar si se trata del edificio principal o de anejos del mismo que también sean susceptibles de recibir los objetos»³⁷⁷, o bien dejarlos a cargo del personal del hotel.

Por otro lado, la flexibilidad a la hora de interpretar en qué consiste la introducción de los efectos se ha hecho patente también en la jurisprudencia; así, la SAP de Granada de 10 de diciembre de 2003 condena al hotel por el defectuoso cumplimiento del deber de custodia del equipaje de un cliente, aun cuando dicho equipaje no había sido literalmente introducido en el establecimiento; es por ello por lo que la introducción debe ser entendida, no como introducción literal, sino más bien como *puesta a disposición* de alguno de los trabajadores del hotel. De este modo, la responsabilidad surge, como declara esta sentencia, cuando los hechos se originan dentro del círculo industrial de la empresa. En idéntico sentido se pronuncia también la SAP de Barcelona de 21 de mayo de 2002, la cual insiste en que «la responsabilidad nace de la “introducción” en un determinado ámbito controlado por el responsable, sin necesidad de previo contrato de depósito ni aceptación del fondista», y se señala que «la “introducción” no es una entrega».

Ahora bien, aclarada la flexibilidad con la que ha de interpretarse el concepto, no se debe olvidar que el término *introducidos* debe abarcar también lo entregado para su custodia, justificándose así la aplicación de los artículos 1783 y 1784 C.c. en los casos de custodia directa.

³⁷⁶JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pág. 507. Del mismo modo MARÍN PÉREZ, para quien el art. 1783 C.c. subordina el nacimiento de la responsabilidad a la introducción de las cosas en el local del hotel; sin embargo, cuando se trate de coche o vehículo al servicio permanente del establecimiento hotelero, la responsabilidad comienza desde la introducción en el coche de los efectos del viajero, ya que desde aquel momento compete la vigilancia a los huéspedes. “Comentario al artículo 1783...”, pág. 527. Con idéntico criterio, HERNÁNDEZ GIL, F.: “Comentario al artículo 1783...”, pág. 1072.

³⁷⁷LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La responsabilidad en la hostelería”, pág. 166.

- El daño indemnizable: especial referencia al daño moral.

Ha quedado claro que el primer presupuesto de la responsabilidad contractual del hostelero es el daño; asimismo, para que resulten de aplicación los arts. 1783 y 1784 C.c. es igualmente necesario que el daño se haya efectuado a los efectos de los viajeros que se encuentren en el ámbito de control del empresario; ahora bien, en caso de cumplirse todo lo anterior, ¿qué daños son indemnizables? ¿Solamente los que afectan a la esfera patrimonial del cliente? ¿Podría el huésped solicitar indemnización por daño moral en caso de producirse la sustracción o el menoscabo de alguno de sus bienes?

a) El daño patrimonial como daño indemnizable

En la mayor parte de los supuestos la indemnización al huésped consiste en el equivalente pecuniario de los objetos desaparecidos, sustraídos o que hayan sufrido menoscabo. De este modo, la responsabilidad del fondista se traduce en una restitución del valor o restitución en dinero, no desprendiéndose de los arts. 1783 y 1784 C.c. una responsabilidad por los perjuicios ulteriores que el viajero pueda sufrir por la falta de restitución de sus pertenencias. Así, la jurisprudencia no incluye en la indemnización ni otro tipo de daño emergente³⁷⁸ ni el lucro cesante³⁷⁹, como es propio de la responsabilidad contractual en virtud del art. 1106 C.c. No obstante, si esto es así, llama la atención a parte de nuestra doctrina que los tribunales, a la vez que limitan el resarcimiento, sostengan, al mismo tiempo, que la responsabilidad del hotelero es más grave o de mayor alcance que la que corresponde al depositario en general³⁸⁰. Sin embargo, a nuestro parecer, limitar el resarcimiento al equivalente pecuniario del objeto desaparecido no es obstáculo para considerar la responsabilidad del fondista como una responsabilidad agravada, ya que el carácter agravado de la responsabilidad se mide por

³⁷⁸ Mientras puede resultar más difícil pensar en un lucro cesante por la sustracción de las pertenencias de los viajeros, es bastante fácil pensar en determinados gastos, encuadrables en el daño emergente a que se refiere el art. 1106 C.c., que el huésped puede verse obligado a afrontar como consecuencia de la desaparición de su equipaje. Así, si se trata de objetos indispensables para el cliente, no hay duda de que se verá obligado a la inmediata adquisición de otros que sustituyan a los desaparecidos. El motivo de no indemnizar estos gastos es que ciertamente podría pensarse que «si ya está previsto que se indemnice el valor de lo sustraído, no se puede indemnizar, además, por el valor de lo adquirido, pues saldría obviamente beneficiado el cliente, a quien se pagarían sus viejas pertenencias y las nuevas adquiridas». RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 813.

³⁷⁹ Pensar en un lucro cesante por la sustracción de los objetos tampoco es imposible; así, cuando el viaje se debe a motivos de trabajo, ¿se puede dudar de que la desaparición de documentos, del ordenador u objetos similares puede ocasionar un lucro cesante? «El profesional que no puede realizar la obra comprometida porque le han robado su maletín de herramientas, o el médico que no puede llevar a cabo las consultas previstas, no sólo sufre un daño emergente, sino también, sin ninguna duda, un lucro cesante». *Ibidem*.

³⁸⁰ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 812.

parámetros diversos. Así, el hostelero tiene una responsabilidad agravada con respecto al depositario en general debido principalmente a que éste, en principio, no es un profesional, y por tanto no se le exige el nivel de diligencia que se le exige al fondista; por tanto, son estas cuestiones, y no otras, las que ayudan a calificar la responsabilidad como agravada o no.

Por otra parte, si la indemnización se suele ceñir a los efectos desaparecidos, es imprescindible acreditar su valor; en este sentido, ¿qué valor se debe resarcir? ¿El del momento de la adquisición del bien? ¿El del momento en el que el viajero efectúa la pertinente reclamación? Con respecto a ello, consideramos que es más conveniente atender al valor que corresponde al momento de la desaparición o sustracción, ya que, de lo contrario, la revalorización o depreciación del bien jugaría a favor o en contra de las distintas partes según los casos³⁸¹.

Asimismo, como resulta lógico, para que la pretendida indemnización tenga lugar, se exige la demostración por el demandante de la preexistencia en el hotel de los efectos que han sido sustraídos³⁸². «En las resoluciones judiciales no suele requerirse, sin embargo, la prueba del daño³⁸³ en sí (...) puesto que la desaparición de las pertenencias del viajero, y la consiguiente falta de recuperación por éste, es el incumplimiento mismo que ocasiona los perjuicios (...); es más, el huésped podrá intentar demostrar la desaparición de sus efectos, pero le resultará muy difícil probar el hecho de la sustracción»³⁸⁴.

b) El daño moral como daño indemnizable.

Ha quedado suficientemente claro cuáles son los daños patrimoniales que deben ser resarcidos; ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos casos en los que el daño patrimonial produce en el huésped un estado de angustia, desasosiego, intranquilidad o ansiedad?; en este sentido, ¿se debe resarcir el daño moral contractual? ¿Es posible hacer referencia

³⁸¹ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 813.

³⁸² El problema probatorio surge en aquellos casos en los que el cliente no ha informado al hotel de los efectos introducidos.

³⁸³ El daño hace referencia a la pérdida o a la desaparición de los efectos.

³⁸⁴ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 809. Sobre la necesidad de admitir como prueba absoluta las presunciones que se deriven de la interpretación de los hechos, PÉREZ SERRANO, N.: *El contrato de hospedaje...*, pág. 254. Por su parte, GARCÍA GOYENA señala que, sobre el contenido del equipaje que ha sido introducido en el establecimiento, a falta de otra prueba, habrá que estar a la declaración del huésped, siempre que se trate de persona de buena fama. *Concordancias, motivos...*, pág. 879.

a este tipo de daño en el marco de los arts. 1783 y 1784 C.c., o, por el contrario, no cabe alegarlo si se produce un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes estrictamente económicos? Al análisis de las referidas cuestiones dedicaremos las siguientes líneas.

Como señala el profesor LASARTE³⁸⁵, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a admitir, desde hace ya tiempo, que todo daño, material o moral, siempre que sea real y demostrado, da lugar a la reparación. No obstante, a su vez, la jurisprudencia sobre el daño moral ha admitido que éste constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa, cuya evolución no ha estado exenta de polémica. Así, en un principio, la posible indemnización del daño moral se consideraba incluida, exclusivamente, dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, se argumentaba que la propia normativa del Código Civil, reguladora de la responsabilidad civil contractual, se refiere únicamente al daño patrimonial como daño indemnizable tras el incumplimiento de un contrato; asimismo, inicialmente, la posible indemnización del daño moral derivaba, en exclusiva, de la lesión de un derecho de la personalidad. Con tal panorama, resultaba prácticamente imposible indemnizar por daño moral al huésped que sufría la pérdida o menoscabo de cualquiera de sus bienes.

Actualmente, las cosas son bien distintas: por un lado, la idea de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales es susceptible de causar al acreedor no sólo daños patrimoniales, sino también daños no patrimoniales, ha ido ganando terreno paulatinamente³⁸⁶. De ahí que, cuando las reglas del Código Civil mandan indemnizar la

³⁸⁵ *Principios de Derecho...*, pág. 336.

³⁸⁶CRISTÓBAL MONTÉS, A.: “El daño moral...”, pág. 6. En la doctrina española ÁLVAREZ VIGARAY se encargó de defender la procedencia de la indemnización de los daños morales derivados del incumplimiento del contrato, señalando que no existe motivo alguno para admitir el resarcimiento de daños morales extracontractuales y, en cambio, negarlo para los que se refieren a los daños contractuales. “La responsabilidad...”, págs. 85 y ss. Los motivos esgrimidos por la doctrina son, entre otros, los siguientes: en primer lugar, la correcta interpretación del art. 1101 C.c. permite admitir que la genérica expresión *daños y perjuicios* que en él se contiene, no alcanza solamente a los daños patrimoniales, sino que se extiende a los morales o de naturaleza extrapatrimonial; en segundo lugar, el texto del art. 1106 C.c. no excluye la indemnización del daño moral como partida indemnizable; por último, tampoco el art. 1107 C.c. representa un obstáculo. La interpretación del precepto tan sólo nos lleva a afirmar que para que el daño moral sea indemnizable deberá ser previsible. A ello se añade que esta previsibilidad es objetivamente apreciable en determinados casos, entre los que se encuentra el depósito de bienes con claro valor afectivo. PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Daño moral...*, págs. 51 y ss. En contra, ESPIAU ESPIAU, para quien, aunque una situación de incumplimiento puede generar tanto daños patrimoniales como morales, solamente a los primeros se refiere el art. 1107 C.c. El argumento que utiliza es claro: los daños por los que responde el deudor del art. 1107 C.c. derivan de la falta de cumplimiento de la obligación, presuponiendo, pues, la existencia de una obligación previa que se infringe. Sin embargo, no existe una obligación de respetar los bienes de la esfera personal ni, en general, los intereses no patrimoniales que puedan corresponder al acreedor. Por tanto, según este autor «la responsabilidad por

pérdida derivada del incumplimiento de un contrato, ha de entenderse comprendido tanto la reparación del daño causado al patrimonio como el causado a la persona misma, es decir, a sus ámbitos físico y psíquico³⁸⁷; por otro lado, existe un criterio claramente aperturista en cuanto a la admisión del daño moral más allá del que incide o afecta a bienes o derechos de la personalidad. De este modo, es posible observar una configuración del daño moral con referencia a cualquier atentado que incida en la esfera psíquica del sujeto afectado, produciendo una alteración de su tranquilidad, estado de ánimo o en sus sentimientos³⁸⁸. En definitiva, se admite abiertamente que la lesión de intereses patrimoniales puede dar lugar a la indemnización del daño moral³⁸⁹.

En síntesis, la situación requerida para dar lugar a un daño moral indemnizable conlleva, hoy en día, menos exigencias que años atrás; de este modo, iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual, adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a los ataques a los derechos de la personalidad³⁹⁰.

Descrita su evolución, son muchos los autores que se han preocupado en definir este tipo de daño³⁹¹. Actualmente, se ha identificado el daño moral con una lesión o

daño moral o no patrimonial es, como su propio nombre indica, una responsabilidad por *causación de daños* y no por incumplimiento obligatorio». «La indemnización del daño moral...», págs. 1796 y ss.

³⁸⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: “Indemnización del daño moral...”, pág. 280.

³⁸⁸ PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Daño moral...*, pág. 47.

³⁸⁹ Tradicionalmente, un obstáculo que se ha esgrimido contra la admisión de la indemnización del daño moral contractual ha sido el propio concepto de daño moral, en cuanto conectado a la lesión de un bien o derecho de la personalidad. De este modo, el daño moral debía quedar restringido a los sufrimientos o perturbaciones que derivan de lesiones a derechos de la personalidad. Los partidarios de esta tesis sostienen que no se indemnizan como regla general los daños morales contractuales, ya que realmente son extraños los incumplimientos de contratos que llevan consigo la vulneración de derechos de la personalidad del acreedor. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales se adhieren a esta tesis. Así, la STS de 31 de octubre de 2002, en la que se establece que: «hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona»; del mismo modo la STS de 30 de julio de 2001 cuando define los daños morales como «los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suele denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales». Sin embargo, a esta postura, que relaciona el daño moral con la lesión exclusiva a derechos de la personalidad, hay que objetarle que «no existe en nuestro ordenamiento un sistema de reparación basado en la lesión de derechos subjetivos, además de que resulta difícil la identificación de los bienes dignos de protección cuya lesión pueda generar el deber de indemnizar». RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: “Indemnización del daño moral...”, pág. 281.

³⁹⁰ TEJEDOR MUÑOZ, L.: “Daños morales...”, pág. 2103.

³⁹¹ Algunos autores han optado por una definición negativa del daño moral contraponiéndolo al daño patrimonial. En este sentido se ha pronunciado MARTÍN-CASALS, para quien el daño moral «es el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado». “El daño moral”, pág. 858. Sigue esta misma línea ROCA TRÍAS, para la que los daños morales son «aquellos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial». *Derecho de...*, pág. 125. Del mismo modo,

atentado a los bienes de la esfera personal que se traduce en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual; además, como anteriormente hemos tenido oportunidad de señalar, debido al proceso aperturista que ha sufrido el concepto en los últimos años, el TS ha considerado que también cuando, como consecuencia de un daño material, el perjudicado ha padecido un impacto psicológico o una perturbación en su estado de ánimo, se produce una situación de daño moral susceptible de resarcimiento³⁹². Esto último permite, como veremos a continuación, poder indemnizar al cliente por daño moral en caso de que la pérdida o sustracción del bien le provoque un notable estado de angustia e intranquilidad³⁹³.

Dicho esto, y sin necesidad de profundizar sobre otras cuestiones³⁹⁴, pasamos, sin más, a analizar si el daño moral debe quedar comprendido en el especial régimen de responsabilidad de los hosteleros.

A tal efecto, establece un sector doctrinal que en caso de pérdida o sustracción, la obligación del hostelero consiste en restituir la cosa objeto del contrato; y si no es posible devolver la cosa, ha de tener lugar la forma subsidiaria de cumplimiento de la obligación, esto es, la indemnización. De igual forma ocurre cuando se trate de daños o deterioros causados en los objetos del cliente. Sin embargo, la indemnización «no

VICENTE DOMINGO para quien existe daño moral cuando éste recae sobre bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial. “El daño”, pág. 273. Sin embargo, para DÍEZ-PICAZO «la definición negativa no es otra cosa que puro escapismo de problemas que tanto en lógica como pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan difíciles de resolver». *El escándalo del daño...*, pág. 74.

³⁹² ESPIAU ESPIAU, S.: “La indemnización del daño moral...”, págs. 1791.

³⁹³ Se exige también para la pretendida indemnización que el daño moral resultante del incumplimiento revista gravedad, es decir, que constituya un daño moral de cierta entidad. En este sentido, señala RODRÍGUEZ GUTIÁN que «no basta para que el deudor indemnice el daño moral derivado del incumplimiento del contrato con que el aludido daño sea previsible (...), sino que es preciso además que sea de cierta entidad. Por ejemplo, la insatisfacción sufrida por el cliente de un hotel porque no se le sirve el desayuno diario que había contratado, puede ser previsible para el organizador, pero realmente podría discutirse que ante un defecto tan leve el daño moral deba indemnizarse. La importancia o gravedad del daño moral ha de analizarse por el tribunal teniendo en cuenta, o bien las circunstancias del caso, o bien el tipo de incumplimiento que se haya producido, de manera que el daño moral se repararía sólo cuando hay un incumplimiento total o un incumplimiento gravemente defectuoso, entre otras cosas, porque difícilmente será acreditable un daño moral ocasionado por un defecto leve». “Indemnización del daño moral...”, pág. 285.

³⁹⁴ Pese a no ser la dificultad probatoria que entraña el daño moral, ni la forma de reparar dicho daño, cuestiones que, pese a su especial importancia, ocupan el objeto central de este estudio, creemos conveniente puntualizar un par de cuestiones que creemos de interés: con respecto a lo primero, la propia naturaleza del daño permite que exista indemnización aun sin una prueba objetiva que lo acredite, bastando apreciar su existencia a través de una prueba indirecta; con respecto a la reparación del daño moral, la regla general es acudir a la indemnización pecuniaria como medio de reparación al perjudicado, dada la imposibilidad de reparación *in natura*. PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Daño moral...*, págs. 144 y ss.

deberá comprender el valor sentimental o emotivo de dichos objetos para su propietario, ni los trastornos de otro tipo que hubiera podido éste tener»³⁹⁵.

No obstante, si últimamente ha sido aceptado que la lesión de intereses patrimoniales puede dar lugar a una indemnización por daño moral contractual ¿por qué excluir la sustracción de bienes en un establecimiento hotelero de los casos que pueden dar lugar a dicha indemnización? ¿Acaso no puede producir la pérdida de ciertos objetos un estado de ansiedad, intranquilidad o desasosiego en el huésped? De este modo, creemos del todo desacertado privar al viajero de una indemnización por daño moral en caso de que se cumplan los requisitos que dan lugar a la misma -lesión de un interés patrimonial que produzca en el cliente un estado notable de angustia o zozobra-

Ahora bien, tal indemnización ¿es viable únicamente cuando se ha pactado el depósito de los objetos o puede tener igualmente lugar cuando lo acordado es simplemente el contrato de hospedaje y las pertenencias del cliente han sido meramente introducidas en el hotel? En principio, podría pensarse que solamente en los casos en los que se ha acordado un servicio de custodia cualificado, que obliga a prestar un mayor nivel de diligencia, «se puede entender comprometido en el contrato de depósito celebrado un deber de prever o de evitar el malestar o padecimiento que ocasionará la pérdida de aquellos efectos, cuyo propietario ha adoptado la precaución de pactar un cuidado especial de los mismos»³⁹⁶.

Sin embargo, a nuestro entender, lo mismo ocurrirá cuando el cliente, no contraviniendo las advertencias del establecimiento -que pueden ir encaminadas a que los efectos de un determinado valor se depositen en recepción-, utilice correctamente la caja de seguridad de la habitación³⁹⁷, o en aquellos supuestos en los que, no habiéndose

³⁹⁵ MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 107. Tampoco es partidario de indemnizar el daño moral en tales supuestos DÍEZ SOTO, C.M.: “Depósito de joyas...”, pág. 279. De igual modo LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La responsabilidad en la hostelería”, pág. 171.

³⁹⁶ «Pactada una vigilancia especial de los objetos que el cliente considera de mayor valor, o que tiene en su más alta consideración, y que quiere especialmente cuidar y preservar de ciertos riesgos, es fácil considerar implícito un deber de resarcir el sufrimiento que la sustracción de estas pertenencias ocasionará al cliente». RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 819.

³⁹⁷ También la jurisprudencia es partidaria de la indemnización por daño moral en tales casos. Ejemplo de ello es la SAP de Cádiz de 15 de febrero de 2002, en la que se fija una indemnización por daño moral como consecuencia de la sustracción de objetos depositados en la caja fuerte de la habitación. En dicha resolución se advierte que el resarcimiento del daño moral «resulta de muy difícil traducción económica y patrimonial, y por ello debe ser cuantificado de modo prudencial en orden a la resolución del conflicto en términos económicos convenientemente aceptados. En el presente caso, se tienen en cuenta la angustia, tensiones y sinsabores que un episodio como el vivido por la reclamante crea en cualquier persona, de tal

acordado un servicio de custodia cualificado, se trata de objetos cuya pérdida o sustracción sin duda ocasionan en el huésped un importante estado de angustia, y respecto de los cuales, dada la naturaleza de los mismos, no hay que dar conocimiento al hotel. Así, ¿por qué no va a responder el hostelero por daño moral en aquellos casos en los que un trabajador suyo sustrae a un viajero extranjero un determinado tratamiento médico que no es posible conseguir en España y que le hace tener que regresar a su país? O, por ejemplo, ¿no sería lógico asimismo que el hostelero indemnizara por daño moral al cliente si le ha sido sustraído cualquier objeto del que se sirviera para poder desplazarse, como una silla de ruedas?³⁹⁸

Concluyendo, según nuestro criterio, podrá el cliente percibir una indemnización por daño moral tanto en aquellos casos en los que haya hecho entrega de los objetos, es decir, en aquellos supuestos en los que entre el establecimiento hotelero y el huésped se ha llevado a cabo un contrato de depósito, como en aquellos otros en los que el hecho de no haber pactado un servicio de custodia cualificado no significa que se haya llevado a cabo un comportamiento poco diligente por parte del cliente, como sucede en el caso de los ejemplos expuestos anteriormente.

Ahora bien, con el fin de garantizar un mayor equilibrio entre las partes, se defiende en estos casos la aplicación de un régimen de responsabilidad por culpa. Así, estos daños deberían regirse por las reglas generales de la responsabilidad contractual, esto es, los artículos 1101 C.c. y ss., en vez de por los artículos 1783 y 1784 C.c.

2. Comunicar al hostelero la introducción de los efectos.

Establece el art. 1783 C.c. que los fondistas o mesoneros responden de los efectos introducidos como tales depositarios «con tal que se hubiese dado conocimiento

manera que convierte un infierno lo que estaba previsto que fuera un viaje de placer». En el mismo sentido la SAP de Madrid de 7 de febrero de 2008.

³⁹⁸ En contra RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, para quien solamente en los casos en los que se ha acordado un servicio de custodia cualificado, que obliga a prestar un mayor nivel de diligencia, «se puede entender comprometido en el contrato de depósito celebrado un deber de prever o de evitar el malestar o padecimiento que ocasionará la pérdida de aquellos efectos, cuyo propietario ha adoptado la precaución de pactar un cuidado especial de los mismos». Sin embargo, para los objetos que han sido meramente introducidos en el hotel, en relación a los cuales el hostelero sólo debe una prestación accesoria de custodia que no parece comprender deberes de diligencia en relación con daños morales, la conclusión debe ser distinta, ya que «no es razonable imponer al titular del establecimiento los daños no patrimoniales que ocasione la desaparición de los objetos que ni siquiera su propietario ha cuidado de forma especial». “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 819.

a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa»³⁹⁹. Ahora bien, ¿a qué obedece dicha exigencia? ¿Por qué los artículos 1783 y 1784 C.c. solamente son de aplicación cuando el hostelero, o sus auxiliares, conocen la existencia de los objetos del cliente? Por otra parte, ¿de todos los bienes del huésped debe tener constancia el hotel? Vayamos por partes. Como acertadamente sostiene la SAP de Madrid de 27 de mayo de 2003, la exigencia de este presupuesto encuentra su razón de ser en la imposibilidad de proteger lo desconocido, o aquello que no se sabe dónde está o en qué condiciones. Por este motivo, dice la citada resolución, que desde el momento en que se pone en conocimiento del hostelero la existencia de los objetos, se le traslada el deber de protegerlos, con tal intensidad que únicamente se liberará de responder cuando la pérdida ocurriera por fuerza mayor o robo a mano armada.

Así, no sería equitativo atribuir responsabilidad al establecimiento -conforme a los arts. 1783 y 1784 C.c.-, cuando el cliente ha omitido que porta consigo los objetos, impidiendo de este modo que el hotel pueda hacer efectivas las medidas de seguridad que crea pertinentes para la mejor custodia de tales efectos. En tal sentido, resultaría desproporcionado que el hostelero respondiera ilimitadamente de aquellos objetos que ni siquiera su dueño se ha encargado de proteger de forma especial.

A todo ello debemos añadir que la comunicación constituye asimismo un medio de prueba irrefutable en caso de la desaparición de los efectos.

Ahora bien, aun siendo cierto que el huésped que no declara al hotel los objetos que porta consigo encuentra una enorme dificultad a la hora de probar la existencia de los mismos, resulta poco útil, a la par que ilógico -debido principalmente a la configuración de la actividad hostelera-, imponer al cliente la obligación de informar al hostelero de absolutamente todos sus efectos. Así, de conformidad con los usos, aquí no tiene por qué dar parte al establecimiento de todos aquellos objetos de escaso valor y de uso cotidiano, para los cuales bastará, según la doctrina y la jurisprudencia, con la introducción *no clandestina*⁴⁰⁰; de este modo, no es menester una comunicación expresa

³⁹⁹ Se refieren a esta exigencia, entre otras, la SAP de Alicante de 2 de diciembre de 1992 y de 21 de septiembre de 2005; SAP de Málaga de 20 de junio de 2002 y de 2 de marzo de 2005; SAP de Valencia de 13 de diciembre de 2000; SAP de Cádiz de 15 de febrero de 2002 y de 19 de julio de 2004; SAP de Tarragona de 18 de julio de 2005 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2002.

⁴⁰⁰ En tal sentido, la SAP de Málaga de 2 de marzo de 2005 sostiene que «la interpretación del requisito de la puesta en conocimiento del hotelero de los efectos introducidos no puede ser tan rigurosa que se exija que se declaren expresamente al ingresar en el establecimiento todos aquellos efectos que se portan, sino que es obvio que lo que habrá que declarar son aquellos efectos de un especial valor, para que el

del cliente al fondista o a sus dependientes de tales efectos, bastando con que las cosas del huésped sean introducidas a la vista de aquéllos⁴⁰¹. Por el contrario, como se ha dicho, solamente si porta consigo objetos de importante valor, deberá hacerlo constar al hotel para que surja la responsabilidad⁴⁰².

A ello se añade que el párrafo primero del art. 78 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sobre regulación de los establecimientos hoteleros, establece lo siguiente: «en todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que, a tal efecto, sean entregados, bajo recibo⁴⁰³, por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro en los supuestos

dueño del establecimiento pueda adoptar las medidas preventivas precisas y dar al cliente las instrucciones necesarias para su adecuada protección y seguridad. Pero para aquellos otros efectos de uso personal y de no especial valor, que constituyen el contenido propio de objetos necesarios para la actividad diaria del cliente (por ejemplo ropa, objetos de aseo, la propia maleta, llaves de la vivienda, del coche, etc.) no es preciso hacer una declaración expresa, por cuanto por su propia naturaleza no necesitan de la adopción de especiales medidas de precaución y seguridad distintas a las que cualquier persona pueda tener en el cuidado de sus propias cosas, por lo que no es razonable que respecto de ellos el hotelero impusiese al viajero unas normas internas de precaución o prevención especiales y más rigurosas». Así también la SAP de Asturias de 1 de octubre de 1992 en la que, haciendo alusión a objetos de uso cotidiano, se señala que «el requisito de la puesta en conocimiento del hostelero, habida cuenta de la ya mencionada finalidad del precepto, no es tan absoluto que requiera una comunicación expresa del huésped al fondista o dependientes del mismo, sino que basta con que las cosas sean introducidas a la vista de aquéllos, y no de una manera clandestina». Del mismo modo la SAP de Sevilla de 2 de junio de 2004 y de 30 de marzo de 2007. Por tanto, no es necesario hacer un inventario completo de los objetos que el viajero porte consigo, puesto que si bien es cierto que tal requisito constituiría un medio de prueba irrefutable, no menos cierto es que se trata de una exigencia prácticamente imposible de llevar a cabo en la práctica. Además, corrobora la innecesariedad de dar conocimiento al hostelero de todos y cada uno de los objetos que lleva consigo el huésped, el hecho de que para que surja la responsabilidad del fondista no es necesario que éste acepte los efectos introducidos. En este sentido, como afirma la SAP de Barcelona de 21 de mayo de 2002, «su máxima intervención es el mero conocimiento de la introducción, es decir, conocimiento de una pura situación de hecho».

⁴⁰¹ MARÍN PÉREZ, P.: “Comentario al artículo 1783...”, pág. 527.

⁴⁰² Sin embargo, hay resoluciones en las que, aun no habiendo sido declarados los objetos de valor y no habiendo sido éstos depositados en la caja de seguridad de la habitación, se condena al hotel a pagar al cliente una indemnización. Así, por ejemplo, la SAP de 18 de marzo de 2014, en la que, pese a que los huéspedes no fueron diligentes, al no depositar los objetos ni en la caja de seguridad central ni en la caja de seguridad de la habitación, se condena al hotel por entender que se trata de un establecimiento de lujo que debe impedir la sustracción incluso cuando el cliente no actúa con la diligencia debida. No obstante, la negligencia de los huéspedes hace que se aplique el criterio de la concurrencia de culpas y se modere la responsabilidad.

⁴⁰³ Dicha exigencia no implica un presupuesto o requisito de la responsabilidad del hotelero. Se trata, simplemente, de una exigencia que opera en el terreno probatorio «a efectos de preconstituir un medio de prueba que pueda facilitar, existiendo responsabilidad del hotelero, la reclamación de la indemnización pertinente». JORDANO FRAGA, F.: “Comentario a la sentencia...”, pág. 371. De igual modo, DÍEZ SOTO, C.M.: “Depósito de joyas...”, pág. 272. Para SÁENZ DE SANTA MARÍA, la expresión *entregados bajo recibo* no es en sí misma ni precisa ni acertada, pues parece sugerir que el supuesto de hecho escapa a la calificación jurídica de un verdadero contrato, quedando todo reducido a un mero recibo. Sin embargo, continúa diciendo este autor, dicha expresión no descarta en modo alguno la calificación de depósito, sino que debe considerarse como exigencia de que el contrato conste por escrito, aunque sea privado, tal como debería suceder siempre en la práctica hotelera. “Cajas de seguridad...”, pág. 735.

y en las condiciones establecidas en los artículos 1783 y 1784 del Código Civil»⁴⁰⁴, es decir, que el servicio de custodia directa no parece estar pensado, como es lógico, para los objetos de uso cotidiano.

Dicho esto, pasamos a examinar un supuesto que no ha estado exento de polémica: ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que la habitación del hotel cuenta con una caja de seguridad a disposición del cliente?⁴⁰⁵ ¿Se debe comunicar la existencia de los objetos en tales casos o, por el contrario, se entiende cumplido el requisito exigido por el art. 1783 C.c. únicamente depositando los objetos de valor en dicha caja de seguridad?, es decir, ¿son de aplicación los arts. 1783 y 1784 C.c. cuando el huésped deposita sus objetos en estos dispositivos sin haberlo comunicado previamente al hostelero?

Formulada la pregunta, dos son los inconvenientes que encontramos para poder responderla afirmativamente: en primer lugar, el segundo apartado del artículo 78 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968; en segundo lugar, el incumplimiento en tales supuestos del requisito que venimos analizando, esto es, comunicar al hostelero la introducción de los efectos.

En cuanto al primero de ellos, dispone el precepto señalado lo siguiente: «sin perjuicio de la obligación a que se refiere el número anterior, en los establecimientos de cinco y cuatro estrellas existirán cajas fuertes individuales 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

⁴⁰⁴ En caso de que el establecimiento hotelero se negase injustificadamente a recibir en custodia tales objetos, esa negativa habilita al cliente para reclamar todos los daños que, con causalidad efectiva, deriven de esa negativa. «En realidad, lo que sucederá aquí, es que respecto de esos objetos valiosos que el hotelero o sus empleados rechazan injustificadamente a la custodia directa, no podrá negarse que existe introducción (no clandestina) en el establecimiento hotelero, y, por tanto, no dejaremos de poder aplicarles la responsabilidad por custodia indirecta (sin entrega) *ex* artículos 1783-1784 (...) En cambio, cuando el rechazo de la custodia directa por el hotelero o sus empleados está *justificado*, el hotelero no responderá contractualmente por los daños y sustracciones de los objetos justificadamente rechazados». JORDANO FRAGA, F.: “Comentario a la sentencia...”, pág. 371.

⁴⁰⁵ Para parte de la doctrina, en estos casos, en los que el establecimiento hotelero pone a disposición del cliente una caja de seguridad en la habitación, no podemos hablar de contrato de depósito, principalmente por dos razones: en primer lugar, porque no hay entrega de las cosas al hotelero; en segundo lugar, porque el hotel no asume ningún deber específico de custodia, ya que las cosas quedan bajo el control y dominio del cliente. Por todos, SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, A.: “Cajas de seguridad...”, pág. 744. Según nuestro criterio, discrepamos en cuanto que consideramos que el hotel sí asume un deber de custodia con respecto a los objetos que no han sido específicamente entregados para su efectiva custodia, siendo el ámbito de aplicación de los artículos 1783 y 1784 C.c. no solamente los casos de custodia directa, en los que se celebra un contrato de depósito, sino también los supuestos de custodia indirecta.

de ellos o de sus empleados»⁴⁰⁶. Atendiendo al precepto señalado, la responsabilidad del hostelero quedaría configurada de la siguiente manera: responde conforme a los arts. 1783 y 1784 C.c. tanto de los objetos que hayan sido depositados como de los efectos que hayan sido meramente introducidos en el establecimiento; no obstante, quedaría exento de responsabilidad por todos aquellos bienes introducidos en las cajas de seguridad, salvo que medie dolo suyo o de sus empleados⁴⁰⁷.

Sin embargo, a nuestro parecer, el precepto lleva demasiado lejos la disminución de la responsabilidad del hostelero, limitándola exclusivamente a los supuestos de dolo y contradiciendo así el espíritu de los arts. 1783 y 1784 C.c., según los cuales, no es posible que el establecimiento pueda eximirse de responsabilidad por los daños producidos a los clientes incluso en caso de negligencia⁴⁰⁸.

De este modo, puede entenderse, no obstante lo dispuesto en la Orden Ministerial, que prevalece lo establecido en el Código Civil. Así, la STS de 15 de marzo de 1990 resolvió a favor de la aplicación preferente del Código. En este sentido, el Fundamento de Derecho Tercero de la citada resolución dispone que «la aplicación del Código tiene carácter preferente en la jerarquía legislativa, como es de apreciar a través

⁴⁰⁶ Esta norma, contenida en una simple Orden ministerial, cuenta sin embargo con muy notables precedentes históricos en nuestro Derecho. De este modo, la Ley XXVI del Título VIII de la Partida V, afirma taxativamente lo siguiente: «el segundo (caso) es, si le mostrare ante que lo recibiese, arca, o caja, e le dize, si aqui queredes estar, meted en esta caja, o en este arca, vuestras cosas, e tomad la llave della e guardadlas bien». «Lo que quiere decir y dice el código alfonsino es que, si al tiempo de recibirle, el hotelero proporciona al cliente “un arca o caja” y le entrega la llave, deja de ser el empresario responsable, y es el cliente el que desde ese mismo instante acomete la custodia en su propio interés y para sí. En este caso y sólo en este caso, el empresario hotelero es perfectamente irresponsable por las pérdidas o deterioros que pueda sufrir el cliente». SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, A.: “Cajas de seguridad...”, pág. 741.

⁴⁰⁷ REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 29.

⁴⁰⁸ En contra JORDANO FRAGA, para quien estamos en presencia de un caso de responsabilidad contractual legalmente limitada. Según este autor, que la norma que establece la limitación tenga carácter reglamentario no obsta para su validez. Además, se respeta el mínimo inderogable de imputación señalado: el dolo y la culpa grave, y se hace aplicación de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares de cumplimiento. “Comentario a la sentencia...”, pág. 372. También se muestra favorable a admitir la validez de dicha disposición PÉREZ ÁLVAREZ, para quien la validez encontraría su fundamento en el propio art. 1783 C.c., que supedita la responsabilidad del hotelero a la observancia por el cliente de las prevenciones que le hayan sido hechas sobre el cuidado y vigilancia de los efectos: de tal manera que, si decide utilizar para ello las cajas fuertes individuales proporcionadas por la empresa, no puede exigir que sus objetos sean custodiados en igual medida que si hubieran sido depositados en la caja fuerte del hotel. “Comentario a la STS...”, pág. 535. No obstante, no creemos que haya razón alguna que justifique el que la empresa quede exenta de responsabilidad incluso en caso de haber incurrido en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. En idéntico sentido DÍEZ SOTO, C.M.: “Depósito de joyas...”, pág. 273 y GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E.: *Régimen jurídico del servicio...*, pág. 24. Es más, como se ha defendido en epígrafes anteriores, el hostelero ha de responder, conforme a los arts. 1783 y 1784 C.c., aun cuando actúe diligentemente.

de los artículos 9.3 de la Constitución, 1º del Código Civil y artículos 1 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial»⁴⁰⁹.

En segundo lugar, surge un nuevo obstáculo para la aplicación de los artículos 1783 y 1784 C.c. al supuesto que nos ocupa: en todos aquellos casos en los que el huésped introduce sus efectos de valor en la caja de seguridad depositada en su habitación, no está comunicando al hostelero la existencia de tales efectos. En tal sentido, establece RODRÍGUEZ MARTÍNEZ que, como reconoce toda la doctrina, el depositario puede negarse a custodiar objetos por encima de determinado valor u objetos de determinada naturaleza, por lo que no debe merecer la consideración de depositario quien ni siquiera conoce aquello de lo que se le podría hacer responder en caso de sustracción o menoscabo⁴¹⁰.

Sin embargo, esta dificultad parece haber sido superada por la jurisprudencia. Así, entre otras muchas, la SAP de Málaga de 30 de julio de 2001 establece, en su Segundo Fundamento de Derecho, lo siguiente: «siendo clara la atribución de responsabilidad a la empresa demandada por la sustracción de los objetos, a través de una interpretación amplia de los artículos 1783 y 1784 del Código Civil, entendiéndose que la puesta a disposición de los clientes de una caja de seguridad en la que depositar los efectos releva a los mismos de la necesidad de poner en conocimiento de la empresa hotelera los efectos depositados, haciendo responsable en todo caso a esta última de los daños causados a los efectos, por sus empleados o por terceras personas, no haya mediado robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor; lo que no se da en el presente caso. Siquiera esta modalidad de depósito, presidida por la indeterminación previa de los efectos depositados en el establecimiento hotelero, obligue al cliente a una rigurosa prueba de la preexistencia de los objetos y de su introducción en la caja de seguridad»⁴¹¹. No obstante, pese a relevar a los huéspedes de tal exigencia en tales

⁴⁰⁹ Sin necesidad de acudir al principio de jerarquía normativa, es posible llegar a la misma solución entendiéndose que el viajero que diligentemente introduce sus bienes en una caja de seguridad no puede quedar desprotegido por los daños que sufran aquéllos. En tales supuestos al hostelero le bastaría para exonerarse de responsabilidad con instalar cajas fuertes en las habitaciones para que los clientes introduzcan sus bienes. REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, págs. 30 y 31.

⁴¹⁰ “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 742.

⁴¹¹ Del mismo modo se pronuncia la SAP de Cádiz de 15 de febrero de 2002 en la que se dice que «debemos tener en cuenta que el hecho de permitir al cliente gozar de la confianza que le otorgaba el uso de la caja de seguridad que el hotel le brindaba en su habitación, lo que posiblemente le haría desistir de consignar en la administración del hotel bajo recibo, es claro que no puede sustraer la responsabilidad del hostelero en caso de sustracción del contenido de la indicada caja de seguridad. Y ello es así porque si la

supuestos, se debe hacer hincapié en las enormes dificultades probatorias que generará para el huésped el no haber puesto en conocimiento del establecimiento hotelero la existencia de los objetos.

Sin embargo, y pese a que poner a disposición del cliente una caja de seguridad en la que pueda depositar sus efectos lo releva del requisito de la puesta en conocimiento, existen resoluciones en las que se afirma que la mera solicitud de una caja de seguridad individual no puede equivaler a la comunicación al establecimiento hotelero de los efectos de valor introducidos. Así se establece, por ejemplo, en la SAP de Málaga de 5 de diciembre de 2006, en la que se afirma que «la mera solicitud por los clientes de una caja de seguridad individual en la que depositar los efectos en ningún caso puede equivaler a la comunicación al establecimiento de los efectos que se están introduciendo en el mismo, sin que ni siquiera ello presuponga la introducción de objetos de valor, y ello porque esa equivalencia vulnera lo dispuesto en el artículo 1783, inciso 2º del C.c., en cuanto que la solicitud de una caja de seguridad individual por el cliente de un hotel no supone la introducción de objeto alguno en el mismo, como pudiera ser en el caso en que se solicita tal servicio para guardar eventuales o futuras ganancias, y en último caso presupondría la introducción de algún efecto, de valor cuantificable o no, lícito o ilícito, que se quiera depositar en la misma, pero lo que desde luego no supone es la puesta en conocimiento del establecimiento de los concretos efectos introducidos o que se piensan introducir en la caja, que es lo que exige el precepto para que nazca la responsabilidad del fondista o posadero en caso de pérdida o deterioro»⁴¹².

responsabilidad de los hoteleros o fondistas como depositarios de los efectos introducidos por los viajeros en sus establecimientos resulta agravada en relación con la que a los depositarios impone el art. 1.766 en el depósito voluntario por los daños o pérdida de la cosa depositada, que se regula por lo dispuesto en los arts. 1.101 y ss. del Código Civil, quedando exento en este caso de responsabilidad el depositario cuando sean debidos o prevengan de caso fortuito o fuerza mayor, en tanto que el art. 1.784 limita esa exoneración de responsabilidad a los casos en que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor, respondiendo de esos daños y pérdidas cuando sean producidos por caso fortuito, no podemos colocar al huésped frente al hotelero en una posición menos favorable que la derivada del depósito necesario de los arts. 1.783 y 1.784 del Código Civil». En idéntico sentido la SAP de Málaga de 7 de noviembre de 2000, cuando señala lo siguiente: «no puede establecerse, como hace la sentencia de instancia, una especie de presunción de conocimiento por parte del cliente de la necesidad de que los objetos de elevado valor se depositasen en la caja central del hotel; dicha presunción carece de apoyo legal y tampoco puede basarse en el hecho de que los demandantes fuesen clientes habituales del hotel». Así también la SAP de Gerona de 5 de mayo de 2006.

⁴¹² En términos casi idénticos la SAP de Málaga de 20 de junio de 2002: «se establece la obligación para el establecimiento de prestar dicho servicio de custodia de objetos de valor, pero para que responda el hotelero de su pérdida o deterioro también se establece una obligación para el huésped, cual es que haga entrega de esos objetos al establecimiento bajo recibo, obligación ésta que no queda cumplida con la mera

En conclusión, en todos aquellos casos en los que la habitación del hotel cuente con una caja de seguridad individual, como uno más de los servicios que el establecimiento pone a disposición del huésped, no tendrá este último que comunicar al hostelero los efectos de valor que introduzca en la misma; en tales supuestos, resulta de aplicación el régimen de responsabilidad previsto en los arts. 1783 y 1784 C.c., y ello pese a lo dispuesto por el art. 78.2 OM. De lo contrario, al hostelero le bastaría instalar cajas de seguridad en las habitaciones de los hoteles para exonerarse de la responsabilidad impuesta por los preceptos señalados. Por tanto, a diferencia de lo que opina parte de la doctrina, no es el cliente quien asume el riesgo al depositar sus objetos de valor en la caja de seguridad de la habitación en vez de depositarlos en la caja fuerte central del hotel, sino que es éste último, el que precisamente por ofrecer tal servicio -y aunque tenga que ofrecerlo por imposición legal-, debe asumir las consecuencias de su implantación, una de las cuales es, sin duda, responder conforme al régimen de responsabilidad instaurado en los arts. 1783 y 1784 C.c.; y ello aunque los clientes no especifiquen qué determinados objetos van a introducir en la caja de seguridad, y aunque esto origine una dificultad probatoria difícilmente subsanable⁴¹³. Es decir, si el hotel ofrece a los clientes un dispositivo sustitutivo del central, esto es, la caja de seguridad individual, a través del cual se genera en aquellos una confianza de que sus efectos serán custodiados de forma efectiva, no puede ser para que después los huéspedes encuentren inconvenientes en su utilización⁴¹⁴.

solicitud de una caja de seguridad respecto de la que se ignora por el hotel qué objetos, en su caso, van a ser introducidos y, por ende, de los que respondería».

⁴¹³ Solamente si el cliente entrega los objetos para su especial custodia pre-constituye una prueba de que están en el hotel; por el contrario, si los deposita en la caja fuerte de la habitación, asume las consecuencias que se derivarán de la dificultad de demostrar su pérdida o deterioro durante la vigencia del contrato. Por tanto, por lo que respecta a la dificultad probatoria, la situación es muy distinta en uno y otro caso. Ahora bien, el hecho de que el huésped se encuentre en tales casos -en los que deposita sus objetos en la caja de seguridad de la habitación del hotel- con dificultades probatorias evidentes, no puede servir de base para decir que los arts. 1783 y 1784 C.c. no son de aplicación a tales supuestos, es decir, en caso de poder probarse la existencia de los efectos desaparecidos, la aplicación de los preceptos resulta inquestionable.

⁴¹⁴ Conviene conectar lo dicho hasta ahora con una conclusión que hemos establecido en epígrafes precedentes. Así, en un apartado anterior se defendía el carácter objetivo de la responsabilidad del hostelero por los daños sufridos en los efectos de los clientes; pues bien, prescindir en los casos en los que lo hemos hecho del requisito de la puesta en conocimiento no hace más que reforzar nuestra teoría; de este modo, ¿qué canon de diligencia sería aquel que tendría que cumplir el hostelero para poder custodiar de manera efectiva unos efectos que quedan en poder del propio viajero, que forman parte de la intimidad del mismo y de los cuales desconoce su existencia? Y pensemos esto no respecto a un viajero concreto, sino a una multitud de viajeros que permanecen de forma simultánea en el hotel y que pueden estar entrando y saliendo de forma continua del mismo.

3. Observar las prevenciones del hostelero sobre cuidado y vigilancia de los efectos: especial referencia a determinadas cláusulas.

Por último, el art. 1783 C.c. *in fine* dispone que los fondistas o mesoneros responden como depositarios por los efectos introducidos siempre 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». Asimismo, sobre este particular, el art. 78.3 OM dispone lo siguiente: «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»⁴¹⁵. Por tanto, mientras el art. 1783 C.c. exige que se hayan observado las prevenciones del fondista acerca de la seguridad de las pertenencias de los huéspedes, el art. 78 OM no hace sino concretar este requisito en relación con los objetos de valor⁴¹⁶.

Este requisito revela cómo el hostelero puede llevar a cabo en su establecimiento disposiciones preventivas que le exonerarán de responsabilidad si el viajero las infringe. No obstante, como comprobaremos a continuación, este tercer presupuesto debe ser examinado con cautela, puesto que las prevenciones que dicte el hotel pueden ser tales que jamás exista responsabilidad por su parte⁴¹⁷.

Dicho esto, estimamos conveniente realizar un análisis pormenorizado de la advertencia/prevención que consideramos más común o, al menos, la más comentada por doctrina y jurisprudencia, a la vez que la única a la que hace mención el artículo

⁴¹⁵ Es decir, en forma de depósito: custodia directa.

⁴¹⁶ De este modo, el único instrumento de que puede servirse el hostelero para limitar su riesgo, son los anuncios a que se refiere el art. 78.3 OM: «la virtualidad exoneratoria de los cuales (...) resulta de su coordinación con el artículo 1783 *in fine* CC: entonces el hotelero puede decir que no responde (de esos daños y sustracciones) porque el cliente afectado ha desatendido las advertencias/instrucciones que se le dieron en orden al cuidado y vigilancia de sus efectos (valiosos). JORDANO FRAGA, F.: “Comentario a la sentencia...”, pág. 373.

⁴¹⁷ Hacen referencia a este requisito, entre otras, la SAP de Málaga de 5 de junio de 1997, 20 de junio de 2002 y 2 de marzo de 2005; SAP de Valencia de 13 de diciembre de 2000; SAP de Zaragoza de 10 de julio de 2001; SAP de Barcelona de 21 de mayo de 2002; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2002; SAP de Cádiz de 19 de julio de 2004; SAP de Córdoba de 10 de noviembre de 2004; SAP de Alicante de 21 de septiembre de 2005; SAP de Salamanca de 27 de noviembre de 2001 y la SAP de Asturias de 1 de octubre de 1992. En la mayor parte de estas sentencias se desestima la demanda porque el cliente no observó las advertencias que el hotel hacía constar en el reverso de la tarjeta de la habitación, en los carteles instalados en las habitaciones, o en el canal interno de televisión del hotel. A través de cualquiera de estos medios, el fondista suele avisar a los huéspedes de que no responde por el dinero, alhajas u otros objetos de valor que no sean depositados en la caja fuerte central.

78.3 OM: «el hotel no responde de los objetos de valor no entregados en recepción» o, si se prefiere, por ejemplo, «el hotel no se hace responsable de los objetos valiosos no depositados bajo su custodia», o cualesquiera otras fórmulas semejantes que, aunque con pequeñas variaciones, no cambian el sentido de la disposición que nos ocupa.

No hay duda, y en esto coincide la mayor parte de la doctrina, que el propósito que persigue dicha advertencia no es otro que evitar toda responsabilidad por razón de los bienes, objetos y equipajes que el huésped lleva consigo, de manera que cualquier riesgo de pérdida durante la estancia corra a cargo del propio cliente y nunca a cargo del hotel, siempre que éste último haya informado correctamente a sus clientes tanto de lo que han de hacer si portan consigo objetos de valor, como de las consecuencias que tendría el hecho de incumplir tales advertencias, y éstos, aun así, las hayan incumplido. Ahora bien, ¿es dicho propósito lícito?, es decir, ¿puede efectivamente el hostelero exonerarse de toda responsabilidad en aquellos casos en los que advierta al cliente que no responde de los objetos de valor que no hayan sido entregados en recepción o, por el contrario, dicha exoneración solamente tiene lugar en determinados casos, pese a la inobservancia del cliente? Por ejemplo, ¿tendría la advertencia virtualidad exoneratoria si la habitación cuenta con caja de seguridad individual? O, ¿se exoneraría de responsabilidad al hotel aunque actuara con dolo? Solamente un estudio detallado de dicho aviso nos conducirá a conclusiones jurídicamente fundamentadas capaces de dictaminar si la reiterada advertencia puede realmente por sí misma eximir de responsabilidad al hostelero en todo caso.

A tal fin, un examen de la disposición desde un punto de vista estrictamente jurídico permite a SÁENZ DE SANTA MARÍA afirmar que se trata ésta de una cláusula contractual, predispuesta por una de las partes del contrato, aplicada con carácter general y aceptada por el cliente, quien la firma en la «tarjeta de entrada». Estas afirmaciones le permiten concluir que se trata de una cláusula que reúne todos los requisitos para ser calificada como «condición general de la contratación». De este modo, y según el mismo autor, se incorpora «una cláusula contractual limitativa de derechos del cliente dentro de un documento meramente informativo»⁴¹⁸.

A ello añade que existen, tanto en el Derecho tradicional de contratos como en el Derecho de defensa de los consumidores, leyes que limitan la virtualidad exoneratoria

⁴¹⁸ «El hotel no responde...», págs. 1507 y ss.

de la misma. En este sentido, según el art. 1102 C.c. «la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula». Es decir, no pueden considerarse válidos todos aquellos pactos que produzcan el efecto de dejar impunes conductas fundadas en el dolo contractual; por otra parte, la cláusula también contravendría lo dispuesto por el art. 1258 C.c., ya que la buena fe objetiva impide pactar algo cuyo contenido atente contra el equilibrio contractual de las partes firmantes; por último, también el art. 6.2 C.c. supondría un obstáculo. Según el precepto «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidos cuando no contraríen el interés o el orden público». Es decir, no son válidos aquellos pactos que provoquen una renuncia no permitida por la ley. En este caso, siempre en la opinión de SÁENZ DE SANTA MARÍA, la renuncia es al «carácter protector de las pertenencias del huésped», que el Código impone como natural en el contrato de hotel⁴¹⁹.

En el ámbito del Derecho del consumo, deben asimismo tomarse en consideración dos normas: en primer lugar, el art. 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, según el cual «serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». Hoy en día, dicha remisión debe entenderse hecha al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo artículo 82.1 -segunda norma a la que hace referencia el autor- dispone que «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe

⁴¹⁹ «El contrato de hotel no se concibe por el legislador como una mera cesión irresponsable del puro espacio físico en que consiste la habitación, sino que va mucho más allá. Inspirándose en la idea de “protección al desplazado” que constituye -a nuestro juicio- la verdadera *Weltanschauung*, la verdadera *ratio legis* del contrato de hotel». *Ibidem*, pág. 1523.

causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Por su parte, según el art. 83 del mismo texto legal «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas».

En este sentido, continua diciendo este autor, la advertencia objeto de análisis se ajusta milimétricamente a la definición de cláusula abusiva, y ello por varios motivos que procedemos a enumerar a continuación: primeramente, la cláusula no ha sido negociada individualmente, sino todo lo contrario, ha sido impuesta por el empresario al cliente, quien debe firmar la tarjeta de entrada si quiere alojarse en el hotel; seguidamente, la cláusula va en contra de las exigencias de la buena fe, ya que el hotelero está abusando de su poder de contratación frente al consumidor, al que impone un determinado contrato de hotel con el cual el cliente queda alejado de la finalidad económico-social que perseguía, la cual consiste en que tanto su persona como sus bienes sean acogidos, en condiciones de seguridad jurídica y económica, por quien profesionalmente explota la actividad hotelera; finalmente, la cláusula causa, siempre en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, implicando en el fondo una renuncia a los derechos del cliente. Así, se entiende que hay desequilibrio porque en el entramado de derechos y obligaciones derivados del contrato de hotel el legislador ha querido que el contrato comúnmente celebrado pivote, en cuanto a la responsabilidad por los efectos del viajero, sobre la regla general de los artículos 1783 y 1784 C.c.⁴²⁰

Sin embargo, pese a tratarse éste de un impecable razonamiento, no podemos compartirlo, puesto que es precisamente la literalidad de aquellos preceptos lo que nos conduce, de forma inevitable, a construir un planteamiento contrario. En este sentido, es el propio artículo 1783 C.c. el que establece como presupuesto para que nazca la responsabilidad del hostelero la necesidad de observar las prevenciones que éste haga sobre cuidado y vigilancia de los efectos; por tanto, será contrario al propio precepto dictaminar que el hotel responde pese a incumplir el cliente las advertencias que se

⁴²⁰ En definitiva, «con esta cláusula, el empresario hotelero pretende auto-liberarse de todo control (en el interior de su propio establecimiento!), de manera que cualesquiera daños patrimoniales (incluso procedentes del robo o hurto) que sufra el cliente “dentro del recinto hotelero” deben correr a cargo de la propia víctima y no pueden repercutirse al empresario hotelero, ni siquiera en el caso de que éste sea totalmente negligente en las más elementales tareas de cuidado, vigilancia y/o seguridad del hotel». *Ibidem*, pág. 1525.

dictan con el único fin de garantizar una más efectiva custodia de los objetos. Así, aunque efectivamente deberán tenerse en cuenta determinadas normas, como es el caso del art. 1102 C.c., qué duda cabe de que el huésped que hace caso omiso a las prevenciones dictaminadas por el establecimiento hotelero, debe sufrir las consecuencias de dicha inobservancia; de lo contrario, ¿qué finalidad tiene el art. 1783 *in fine*?⁴²¹

Concluyendo, hostelero y huésped no tienen por qué negociar acerca de dicha advertencia para poder así considerarla como cláusula no abusiva, ya que el contenido de la misma no es más que el reflejo de lo establecido por el Código. Por tanto, basta con informar al cliente, a través de cualquier medio, del comportamiento que debe llevar a cabo para la mejor custodia de sus bienes, y si ni tan siquiera éste último se preocupa en obedecer las indicaciones vertidas por el hotel a tal fin, esto debe repercutir en el régimen de responsabilidad aplicable⁴²².

Por tanto, las causas que exoneran de responsabilidad al hotel no solamente serán, como indica el art. 1784 C.c., el robo a mano armada u otros supuestos de fuerza mayor, sino también, como resulta lógico, la no concurrencia de cualquiera de los tres presupuestos analizados⁴²³. Así, en todos aquellos casos en los que el cliente desatiende las advertencias que el hotel realiza con el propósito de mejorar la custodia de sus efectos, no tendrá éste último, en principio, que responder. De lo contrario, ¿qué

⁴²¹ En este sentido, si el hostelero advierte debidamente de la necesidad de entrega en depósito de los objetos de valor, si el cliente no adopta tal prevención, no podrá exigirse la responsabilidad por la sustracción de los bienes, pero no porque el hostelero la haya limitado o excluido, sino porque no se cumple uno de los presupuestos legales para el nacimiento de la responsabilidad. REPRESA POLO, M.P. y DE HARO IZQUIERDO, M.: “Los contratos de hospedaje y...”, pág. 379. Ahora bien, esto podría conducirnos a plantearnos la siguiente reflexión: ¿Por qué ahora no se prescinde del presupuesto en ningún caso, -salvo si existe dolo-, y cuando se analizaba el requisito de la puesta en conocimiento éste era interpretado de manera flexible? La razón es clara: el requisito de la puesta en conocimiento no casa con la naturaleza del hospedaje en determinados casos (especialmente cuando se trata de objetos de uso cotidiano); en cambio, es perfectamente lógico atribuir al cliente la obligación de cumplir las advertencias del hotel si éstas van dirigidas a garantizar la efectiva custodia de sus efectos. Distinto sería, en cambio, que el hotel advirtiera que no responde de absolutamente ningún objeto que no haya sido entregado en recepción, en cuyo caso, esta vez sí, una interpretación correcta de los artículos 1783 y 1784 C.c. nos llevaría a considerar dicha advertencia como cláusula abusiva.

⁴²² Siempre, claro está, que las indicaciones vertidas por el hotel sean razonables, y vayan dirigidas a garantizar la custodia de los objetos del cliente.

⁴²³ Así, la SAP de Málaga de 5 de junio de 1997 declara: «queda manifiestamente claro que la exoneración de responsabilidad de hosteleros, 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-».

régimen sería aquel que incluso cuando existe culpa de la propia víctima -en nuestro caso el cliente- mantiene intacta la responsabilidad del empresario?

Del mismo modo se pronuncia la mayor parte de la jurisprudencia. Así, entre otras, la SAP de Málaga de 22 de septiembre de 1998 es una de las que con mayor claridad especifica aquello que tratamos de defender. En ella se establece que cuando en la tarjeta indicativa del número de habitación entregada aparece el aviso de que el hotel no responde de alhajas, cantidades en metálico, documentos y objetos que dejen los clientes en las habitaciones que ocupan, debe entenderse que no existe responsabilidad del hotel, al no haber cumplido el viajero uno de los presupuestos básicos indicados en el art. 1783 C.c.⁴²⁴.

Sin embargo, y pese a que nuestros Tribunales tienden a exonerar de responsabilidad al establecimiento hotelero cuando el viajero hace caso omiso de las prevenciones establecidas para una efectiva custodia y vigilancia de sus efectos, una gran parte de la doctrina se muestra partidaria, como hemos comprobado, de considerar nulos los meros avisos o carteles fijados en el establecimiento que supongan una exoneración de responsabilidad por parte del fondista⁴²⁵.

Ahora bien, en nuestra opinión, generalizar la afirmación de que en ningún caso existe responsabilidad del hostelero cuando éste le advierte al viajero que debe depositar los objetos de valor en recepción con el fin de garantizar una efectiva custodia de los mismos, tampoco es del todo acertado. Así, en virtud del art. 1102 C.c. el hostelero no se exonerará de responsabilidad si en el comportamiento suyo o de sus dependientes se aprecia dolo, aunque el cliente haga caso omiso a sus advertencias; en segundo lugar, tampoco está del todo claro qué ocurre en aquellos supuestos en los que la habitación

⁴²⁴ En el mismo sentido la SAP de Almería de 3 de diciembre de 1999; SAP de Salamanca de 27 de noviembre de 2001; SAP de Cádiz de 16 de enero de 2006 y la SAP de Málaga de 5 de junio de 1997, en la que se rechaza la demanda interpuesta por el cliente porque «en las distintas habitaciones del hotel se advertía por escrito a los clientes que el establecimiento no respondía de las alhajas, cantidades en metálico y documentos u objetos que dejaran en su interior, reflejándose, al mismo tiempo, en el reverso de la tarjeta de la habitación, firmada por el marido de la actora en su anverso, cómo el hotel no respondía del efectivo, joyas o valores que no fueran depositados en la caja fuerte, prevenciones que, sin duda alguna, no observó la demandante».

⁴²⁵ MARTÍN SANTISTEBAN, S.: *El depósito y la responsabilidad...*, pág. 165. En nuestra opinión, una cosa es considerar que los avisos no deben exonerar de responsabilidad al hostelero en determinados casos que seguidamente exponremos, y otra muy distinta no permitirle al establecimiento hotelero limitar o exonerarse de responsabilidad cuando, haciendo uso de la facultad que le atribuye el art. 1783 C.c., lleva a cabo advertencias y prevenciones con la única finalidad de custodiar de manera efectiva los efectos del cliente.

cuenta con caja de seguridad a disposición del huésped, a la vez que se indica a través de cualquier medio que el hotel no responde de los objetos de valor no entregados en recepción. En estos casos, podría pensarse que el establecimiento incurre en una incoherencia: por un lado, se le comunica a los huéspedes la necesidad de entregar en recepción los efectos de especial valor con el fin de garantizar la mejor custodia de los mismos; por otro lado, se pone a su disposición el instrumento idóneo para llevar a cabo tal fin sin necesidad de acudir a la caja fuerte central del hotel, instrumento que, además, genera en ellos la confianza de que sus objetos serán custodiados de manera efectiva. Sin embargo, a nuestro parecer, si el huésped queda advertido a través del anuncio de que, pese a la caja de seguridad de la habitación, la garantía de la protección de sus bienes solamente puede obtenerla entregándoselos al hostelero, parece razonable que el hotel no responda si el cliente no hace caso de la advertencia⁴²⁶.

IV. Límites a la responsabilidad del hostelero.

El último aspecto a tener en cuenta tiene relación con la posible exención de responsabilidad por parte del fondista. De este modo, considera la doctrina que existen determinadas causas que pueden exonerar de responsabilidad al hotel. En tal sentido, establece el artículo 1784 C.c. que los fondistas y mesoneros no responden de los daños cuando éstos «provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor»⁴²⁷. Asimismo, son muchos los autores que consideran que el hostelero

⁴²⁶ La caja de seguridad de la habitación puede generar en el cliente la confianza de que sus bienes estarán seguros; no obstante, esta confianza queda disipada con la advertencia vertida por el establecimiento hotelero según la cual los objetos de valor deben ser entregados en recepción. Por tanto, el requisito de la puesta en conocimiento, pese a la existencia de caja de seguridad en la habitación, deberá ser cumplido si existe una advertencia del hotel en tal sentido.

⁴²⁷ Exonerar de responsabilidad al hostelero por la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor es una constante en nuestro Derecho. Así, en determinados preceptos del *Digesto* -entre otros *Digesto* 4,9,3,1- puede apreciarse que la responsabilidad no cesa ni tan siquiera en el supuesto de caso fortuito, aunque sí cesa en los casos en los que se haya producido un naufragio, asalto de piratas, o una circunstancia de fuerza mayor. Por su parte, numerosos aspectos correspondientes a la Ley 26, del Título VIII, de la Partida V tienen su base en la regulación romana. Así, termina la citada ley de las *Partidas* afirmando que se eximirá de responsabilidad al hostelero «si se perdieren las cosas por alguna ocasión que aviniese como fuego que los quemasse, avenidas de rios, ruina, fuerza de enemigos». También se pronuncia en el mismo sentido el art. 1690 del Proyecto del Código de 1851. En él se establece lo siguiente: «la responsabilidad comprende tanto los daños hechos 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». En definitiva, los responsables de los hostales y de los mesones quedan exentos de responsabilidad cuando los daños han sido ocasionados por fuerza mayor. MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 69. Por otra parte, los casos de fuerza mayor exoneran al empresario hotelero de responder por los daños producidos en los efectos de los viajeros también en los Códigos civiles de nuestro entorno. De este modo, el § 701.3 BGB señala que la obligación de indemnizar no aparece si la pérdida, destrucción o daño fue causada por fuerza mayor. En idéntico sentido el art. 1785 del *Codice Civile* y el art. 1954 del *Code* francés.

tampoco debe responder en el caso de que los daños o la sustracción se produzcan por un comportamiento doloso o negligente del propio viajero o sus acompañantes, ni en aquellos otros supuestos en los que la cosa se pierde o destruye por vicio propio, o son las propias partes las que de modo voluntario han excluido la responsabilidad mediante pacto⁴²⁸.

Por tanto, aunque en el ámbito de las prestaciones empresariales se tiende a responder por todos los actos cometidos dentro de la esfera de control del empresario⁴²⁹, resulta incuestionable que éste no responderá cuando el daño no le es imputable por ser absolutamente ajeno a su esfera de control, o por ser aquél causado por quien efectivamente lo padece. Dicho esto, pasamos a enumerar cada una de las causas que exoneran de responsabilidad al hostelero.

a. Robo a mano armada.

En primer lugar, hace mención el artículo 1784 C.c. como causa exoneratoria de la responsabilidad del hostelero al «robo a mano armada»⁴³⁰, equiparándolo a un suceso de fuerza mayor⁴³¹ y con «la consiguiente exclusión del simple “robo” que

⁴²⁸ Sobre este particular, MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 111.

⁴²⁹ Las obligaciones de custodia, si bien inicialmente se encuadran en el campo de la culpa, cuando se trata de los casos del *receptum* -que son típicas prestaciones empresariales-, se incluyen dentro de los de la responsabilidad objetiva. De este modo, sobre el deudor pesan los riesgos inherentes a la actividad de la que extrae beneficio, respecto de los cuales resulta lógico que sea él quien tenga que asegurarse como titular de la actividad que los genera y de la que tiene la capacidad de organización y control, y no sobre el acreedor usuario que ocasionalmente la utiliza, quien, siendo ajeno a los beneficios y al control de la actividad, debe también permanecer ajeno a sus riesgos. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual...*, pág. 496.

⁴³⁰ El C.c. alude únicamente a este tipo de robo; esto, inevitablemente, hace a la doctrina preguntarse lo siguiente: ¿es que el hecho de ir armado el delincuente no entra en la esfera del riesgo profesional por el que el fondista responde? Si así fuera, como se deduce a la vista del tenor literal del art. 1784C.c, los empresarios hoteleros estarán deseosos de que sus ladrones utilicen armas. En este sentido, «parece algo arbitrario reducir al dato de la utilización de armas la causa exoneratoria de responsabilidad, pues tan ajeno, o tan ligado a la actividad hotelera, es el robo con armas como sin ellas. Si la concepción objetiva de la responsabilidad del fondista trata de circunscribir ésta al círculo de su empresa, excluyéndola para lo ajeno a ella, no entendemos que sea el dato de ir armado el delincuente lo que convierte el robo en suceso extraño a la empresa. Parece, pues, que el legislador trata de ceñir la exención de responsabilidad del fondista a los supuestos más graves, asimilando el robo a mano armada a las catástrofes naturales». RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: “La responsabilidad de los hoteleros...”, pág. 773.

⁴³¹ La modificación que sufrió el artículo 1784 C.c. en la segunda edición del Código demuestra que el robo a mano armada pasa a ser una modalidad de fuerza mayor. «Mientras que la edición primitiva concluía con la frase alternativa “pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por fuerza mayor”, en la versión reformada se subraya que el “robo a mano armada” es una modalidad de fuerza mayor». BADOSA COLL, F.: “Comentario al artículo 1784”, pág. 1700. El cambio en la redacción del Código hace posible la no exclusión sistemática de la responsabilidad del hostelero en los casos de robo a mano armada. Mientras en la edición primitiva esta modalidad de robo era motivo de exclusión de la responsabilidad sin más, en la versión reformada se equipara a un supuesto de fuerza mayor y ello significa que debe cumplir los presupuestos de ésta: inevitabilidad e imprevisibilidad. Sólo en estos casos, el robo a mano armada tiene -o debería tener- virtualidad exoneratoria.

tradicionalmente ha sido considerado como uno de los ejemplos típicos de caso fortuito»⁴³².

Sin embargo, nos preguntamos si es posible en todos los casos extrapolar los requisitos de la fuerza mayor -imprevisibilidad e inevitabilidad- al robo a mano armada, o si, por el contrario, y como acertadamente señala JORDANO FRAGA, se aplica la exoneración en estos casos con «ciego automatismo»⁴³³. En este sentido, es cierto que el robo a mano armada suele traer consigo unas connotaciones que, en principio, podrían servir de base para considerarlo un suceso imprevisible e inevitable, a la vez que ajeno a la esfera de control del hostelero; sin embargo, esto no tiene por qué ser siempre así; es por ello por lo que consideramos que «para su virtualidad exoneratoria *también* el robo a mano armada ha de ser efectivamente fuerza mayor: normalmente lo es (de ahí su tipificación legislativa), pero perderá esa virtualidad exoneratoria si excepcionalmente es imputable a la falta de previsión/medidas de seguridad exigibles al hostelero»⁴³⁴.

Sin embargo, pese a que en tales supuestos -en los que el hotel no ha llevado a cabo las medidas de seguridad pertinentes- el establecimiento hotelero no debería quedar exonerado de responsabilidad, la jurisprudencia tiende a hacer caso omiso a la supuesta negligencia por parte del hotel, no excepcionando la exoneración de responsabilidad en ningún caso. De este modo, creemos que injustificadamente, los tribunales atribuyen con cierta ligereza al robo a mano armada la calificación de fuerza mayor. Muestra de ello son las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989 y de 15 de marzo de 1990, en las que el TS exonera de responsabilidad al hostelero, aun cuando el robo a mano armada tiene lugar en hoteles de alta categoría, en los cuales deberían existir medidas de seguridad capaces de hacer frente incluso a un robo de este tipo⁴³⁵.

⁴³² *Ibidem*. Solamente el robo a mano armada se considera caso de fuerza mayor y, por tanto, libera al empresario de responsabilidad por daños en los efectos del viajero. Sin embargo, todas las demás hipótesis de robo, ya sea con fuerza en las cosas, o con violencia en las personas y, por supuesto, todos los casos de hurto, se reputan hipótesis de caso fortuito y, por estar dentro del círculo industrial de la empresa, obligan al hostelero a indemnizar a los clientes si han sufrido daño en sus efectos, en los términos de los artículos 1783 y 1784 C.c. SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, A.: “Cajas de seguridad...”, pág. 729.

⁴³³ “Comentario a la sentencia...”, pág. 368.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ JORDANO FRAGA defiende que el hostelero no va a quedar siempre liberado en los supuestos de robo a mano armada, puesto que no debe ser tratada de igual manera la reacción que contra este tipo de robos tenga el hostelero de un hotel de lujo que la del responsable de un hotel sencillo y modesto. «La

En la primera de estas sentencias, la STS de 11 de julio de 1989, el TS aplica la exoneración aun existiendo por parte del hotel -de lujo- el *descuido* de no tener puesta la combinación de la caja fuerte donde se guardaban las joyas del cliente en el momento del robo. Pese a ello, se limita a decir la citada resolución que el hostelero queda exento de responsabilidad tanto por los daños como por la pérdida de la cosa depositada «cuando provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor, respondiendo de esos daños y pérdidas cuando sean producidos por caso fortuito». Por su parte, la STS de 15 de marzo de 1990 define el robo a mano armada como «un fenómeno que exime de responsabilidad a los fondistas o mesoneros»; más adelante continúa diciendo que «no se hace por la ley ninguna salvedad a dicha exención»⁴³⁶.

No obstante, la utilización del precepto mecánicamente puede llevarnos a resultados en absoluto deseables: si el establecimiento hotelero es consciente de que le será de aplicación la exención de responsabilidad prevista en el art. 1784 C.c. en todos aquellos casos en los que los bienes del cliente sufran daños debido a un robo a mano armada, se propiciará, inevitablemente, que sea el propio hotel el que llegue a la conclusión de que adoptar o no medidas de seguridad frente a este tipo de robos le ocasionará el mismo resultado: liberarse de responsabilidad en todo caso⁴³⁷. Por esta razón consideramos que la equiparación que el artículo 1784 C.c. hace con respecto al robo a mano armada y la fuerza mayor debe servir para exigir a aquél los presupuestos de ésta, de forma que si el robo a mano armada no es imprevisible e inevitable, no existe razón alguna por la que exonerar de responsabilidad al hostelero. Interpretar el precepto en sentido diverso, conllevaría eximir de responsabilidad al establecimiento hotelero

diligencia profesionalmente exigible le impone -al encargado del hotel de lujo- la adopción de enérgicas medidas de seguridad, preventivas, incluso, de atracos a mano armada». *Ibidem*.

⁴³⁶ Sobre este particular también la SAP de Madrid de 6 de marzo de 2007 en la que se establece que «en el supuesto de que los efectos introducidos en el hotel (restaurante) hubieran sido sustraídos mediante la comisión de una actividad delictiva, el empresario hotelero (dueño del restaurante) solo quedará exonerado de responsabilidad si el delito cometido fue un robo a mano armada, debiendo sin embargo responder si se trata de un delito de robo en cualquiera otra de sus modalidades que no sea la de mano armada o de un delito de hurto. Tampoco responde el empresario hotelero (dueño del restaurante) si la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en el hotel es un caso de fuerza mayor (un hecho que aun cuando se hubiera previsto habría sido inevitable o un acaecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor y con violencia insuperable tal que considerado objetivamente queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario o normal de la vida). Por el contrario, sí responde el empresario hotelero (dueño del restaurante) si la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en el hotel (restaurante) es un caso fortuito (un hecho que no pudo preverse, pero que, previsto, pudiera haber sido evitado o un acaecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación), según constante doctrina jurisprudencial».

⁴³⁷ «Si, *en todo caso*, da lo mismo adoptar medidas que dejar de hacerlo, ¿no se comprende que esto es una (tácita) invitación a que dichas medidas no se adopten *en ningún caso*?». *Ibidem*.

aun en supuestos en los que incumpla las medidas de seguridad y vigilancia exigidas conforme a su categoría.

Concluyendo, el hecho de que la pérdida o deterioro de los bienes del cliente sea consecuencia de un robo a mano armada, no debe ser requisito suficiente para eximir de responsabilidad al hotel, el cual solamente debería quedar exonerado de responsabilidad si el robo en cuestión va unido al cumplimiento por parte de la empresa hotelera de todas las medidas de seguridad pertinentes y acordes a su rango. El hostelero no debería quedar exonerado por el simple hecho de la exterioridad de la causa, siendo también preciso el carácter inevitable e imprevisible de la misma⁴³⁸. Por tanto, habrá que valorar la conducta del hotel en cada caso concreto y eximirle de responsabilidad sólo en aquellos supuestos en los que con su comportamiento no favorezca la consumación del robo en cuestión.

b. Otros sucesos de fuerza mayor.

En segundo lugar, el artículo 1784 C.c. menciona como supuesto en el que el hostelero no responde por los daños, sustracción o pérdida de los bienes del cliente la «fuerza mayor». Ahora bien, ¿qué debe entenderse por fuerza mayor?⁴³⁹ ¿Se identifica ésta con el caso fortuito? ¿Se refieren ambas expresiones a lo mismo? Siendo plenamente conscientes de que no es el momento ni el lugar para exponer pormenorizadamente la doctrina obligacional de la fuerza mayor y su distinción o identificación con el caso fortuito, solamente nos compete decir que, pese a que en Derecho español la opinión mayoritaria se orienta a rechazar la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, creemos necesario establecer ciertas diferencias entre ambas concepciones. Así, se atribuye al jurista austriaco EXNER, ser el primero en desarrollar la teoría que identifica el caso fortuito con los accidentes internos al ámbito industrial del deudor y la fuerza mayor con aquellos accidentes externos a su actividad por los que en ningún caso responde. Según este autor, representa esta la mejor vía para proteger a

⁴³⁸ REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 137.

⁴³⁹ El propio Código Civil nos da algunas pistas para definir la figura que nos ocupa: una, en el art. 1781 C.c., al enumerar algunas calamidades como «incendio, ruina saqueo, naufragio u otras semejantes», las cuales generan hipótesis de depósitos necesarios; la segunda, en el mismo art. 1784 C.c., al ejemplificar como uno de los sucesos de fuerza mayor liberatoria el robo a mano armada. SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNÁ, A.: “Cajas de seguridad...”, págs. 727 y 728.

la parte más débil de la relación, por las dificultades con que cuenta para probar la causa del daño en el ámbito de la empresa⁴⁴⁰.

Por tanto, junto a los requisitos que establece el art. 1105 C.c. -imprevisibilidad e inevitabilidad⁴⁴¹,- «siempre habrá de estimarse que para la existencia de *vis maior* se requiere que la causa del daño no estribe ni total ni predominantemente en la peligrosidad de la empresa, sino en otros sucesos, y que no radique tampoco en la esfera espacial o personal donde fuera posible una acción vigilante del fondista»⁴⁴².

Así las cosas, pese a estar en presencia de un acontecimiento imprevisible e inevitable, el hostelero no se exonerará de responsabilidad si aquél tuvo lugar dentro del círculo industrial que domina.

Todo lo dicho hasta ahora nos conduce a un resultado inevitable: el art. 1784 C.c. reconoce un sistema de responsabilidad objetiva en el que el deudor responde por

⁴⁴⁰*De la fuerza mayor en el Derecho Mercantil...*, págs. 90 y ss. No obstante, para autores como JORDANO FRAGA carece de trascendencia normativa la distinción terminológica entre ambos términos -fuerza mayor y caso fortuito-. JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pág. 216. Asimismo YZQUIERDO TOLSADA para quien «el Código Civil se refiere en algunas ocasiones al caso fortuito (...), en otras se refiere a la fuerza mayor (...), y en otras a ambas nociones (...). Pero la disparidad terminológica no debe engañar, pues aunque durante mucho tiempo la doctrina venía a distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor, la verdad es que son escasas las ocasiones en que la legislación positiva alude al efecto exculpativo de uno de los dos sucesos con exclusión del otro». YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil...*, pág. 250. Sin embargo, aunque, como hemos establecido, en Derecho español la opinión dominante se orienta a rechazar la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, creemos necesario establecer ciertas distinciones entre ambos conceptos. De este modo, la distinción es necesaria para aquellos casos en los que, como ocurre en el art. 1784 C.c., se responde del caso fortuito, pero no de la fuerza mayor. Así, «la expresión “fuerza mayor” se utiliza -por el artículo 1784 C.c.-, en sentido técnico o estricto, diferenciado del de “caso fortuito”». BADOSA COLL, F.: “Comentario al artículo 1784”, pág. 1700. En la misma línea debe situarse a LACRUZ BERDEJO, cuando afirma lo siguiente: «en el Código Civil, por lo común, ambas expresiones son intercambiables, salvo en los artículos 1784 y 1905, en los cuales la fuerza acaso significa el acontecimiento inevitable externo al círculo de actividades del infractor». *Elementos de Derecho...*, pág. 107. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia. Así, la SAP de Madrid de 9 de julio de 2002 marca la diferencia entre ambos términos al considerar que es un supuesto de fuerza mayor «un hecho que aunque se hubiera previsto habría sido inevitable o un acontecimiento que se origina fuera de la empresa», y es un supuesto de caso fortuito «un hecho que no puede preverse, pero que previsto, pudiera haber sido evitado, o un acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación». Con similar criterio la STS de 27 de enero de 1994, en la que se afirma 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; fuerza mayor que en el caso discutido no ha sido invocada, sino que los hechos origen de la responsabilidad de los demandados surgieron dentro del círculo industrial que dominan y sin exceder visiblemente de los accidentes propios del curso normal de la vida, tratándose de un hecho frente al que con una mayor diligencia pudieron muy bien reaccionar los implicados».

⁴⁴¹Realmente aquello que cuenta es lo segundo, puesto que: ¿en qué cambia el hecho de que una inundación pueda preverse si ninguna medida puede adoptarse para evitar los daños que puede causar? Es decir, estaremos ante un supuesto de fuerza mayor (terremoto, derrumbamiento, inundación, incendio...), siempre y cuando aun habiendo el deudor adoptado un patrón de conducta diligente, sea inevitable que el suceso tenga lugar. JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, págs. 217 y 218.

⁴⁴²PÉREZ SERRANO, N.: *El contrato de hospedaje...*, pág. 245.

todos los daños acontecidos dentro de su esfera de control⁴⁴³, resultando indiferente la valoración subjetiva de su conducta, y no siendo preciso para exigir su responsabilidad probar su negligencia, bastando simplemente que el huésped pruebe los daños⁴⁴⁴.

c. Dolo o culpa del huésped o de sus acompañantes.

Por último, al margen de las causas eximentes de responsabilidad referidas en el propio artículo 1784 C.c. -robo a mano armada y fuerza mayor-, existen otras distintas, las cuales no hace falta que sean mencionadas en dicho precepto para llegar a la conclusión de que tienen virtualidad exoneratoria conforme a las normas generales: nos referimos, en primer lugar, a la existencia de culpa o dolo por parte del viajero o de alguno de sus acompañantes⁴⁴⁵. En este sentido, se debe considerar que el comportamiento del huésped es poco diligente cuando no observa las prevenciones y las recomendaciones realizadas por el hostelero sobre el cuidado de sus propios bienes, o cuando no se le comunican a aquél los efectos de valor introducidos, es decir, cuando los presupuestos anteriormente analizados para que surja la responsabilidad del hotel no tienen lugar. En tales casos, en principio, el hotel no debe responder, considerándose la inobservancia del viajero requisito suficiente para la exoneración⁴⁴⁶.

⁴⁴³ REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 142. El hostelero va a responder de los daños que sean consecuencia del ejercicio de su actividad empresarial, quedando liberado cuando su causa no tenga ninguna conexión con la misma. JOSSERAND, L.: *Cours de Droit...*, págs. 241 y 242.

⁴⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a los artículos 25-28...”, pág. 689.

⁴⁴⁵ Ejemplo de que la exoneración de responsabilidad de los hoteleros no queda limitada exclusivamente a los casos de fuerza mayor o robo a mano armada -como establece el artículo 1784 C.c.-, sino también a aquellos otros en los que los viajeros no cumplan la obligación que la norma le impone, es, entre otras, la SAP de Málaga de 22 de septiembre de 1998. Por su parte, en los países vecinos, los preceptos encargados de regular la responsabilidad del hostelero contemplan tal situación; de este modo, el art. 1785 del *Codice Civile* establece que el hostelero no responde cuando el deterioro, destrucción o sustracción se debe al comportamiento del propio cliente, a las personas que lo acompañan, a las que están a su servicio o a aquellas que se encuentran visitándole. Sigue el mismo criterio el §701.3 BGB.

⁴⁴⁶ En muchas ocasiones, la inobservancia por el viajero de las prevenciones realizadas por el hotel no da lugar a la exoneración de la responsabilidad, sino a una limitación de la misma. De este modo, en la SAP de Baleares de 24 de mayo de 2002 se estimó oportuno rebajar la indemnización reclamada a la mitad, pues existía culpa del hotelero, «por cuanto en el contexto de un servicio ofrecido por el hotel a sus clientes, como es el de guardar las maletas cuando ya han abandonado las habitaciones en un trastero destinado al efecto, no tuvieron las debidas diligencias para evitar sustracciones por parte de personas desconocidas con una defectuosa vigilancia respecto de maletas o con un descontrol respecto de algún modo de determinación de quien es su titular», pero también se estima negligencia en la demandante, ya que debió advertir que en la bolsa en cuestión, cuyo uso normal es guardar cosméticos, se hallaban joyas de valor considerable, con el fin de que la guardaran en un lugar más seguro, como la caja fuerte central del hotel. En el mismo sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2002, la cual rebaja la indemnización por considerar que existe concurrencia de culpas: por un lado, no habían funcionado las medidas de seguridad del hotel; por otro, el huésped podría haber utilizado las cajas de seguridad hasta el momento de la partida, en lugar de dejar preparadas las maletas en la habitación con las joyas dentro de las mismas.

d. Vicio propio de la cosa.

Establece la doctrina que «si la cosa se pierde por vicio propio de las cosas introducidas, el hostelero no queda obligado a responder»⁴⁴⁷. De este modo, es unánime que se excluya el deber de indemnizar «si el daño se produce por el carácter o naturaleza de la cosa que ha traído el propio huésped»⁴⁴⁸. Por tanto, el hostelero no tiene obligación de prever ni de intentar impedir que la cosa por su propia naturaleza se pierda, ya que conforme a la buena fe, no resulta justo exigirle responsabilidad por los daños que no contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato⁴⁴⁹. De este modo, «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 daños»⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 109.

⁴⁴⁸ ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil...*, pág. 666. Por su parte, no hace falta acudir a la doctrina ni a la jurisprudencia ni en Italia, ni en Alemania, ni tampoco en Francia: tanto el art. 1785 del *Codice Civile*, como el §701.3 BGB, como también el art. 1954 del *Code* francés hacen referencia a tal cuestión.

⁴⁴⁹ PANTALEÓN PRIETO, F.: “El sistema de responsabilidad...”, pág. 1029.

⁴⁵⁰ REPRESA POLO, M.P.; *La responsabilidad de los establecimientos...*, pág. 136. Asimismo la STS de 6 de mayo de 1994, en la que el Alto Tribunal entiende que «al deudor no puede exigírsele la llamada prestación exorbitante para prevenir los daños o vencer las dificultades que hubieran exigido sacrificios absolutamente desproporcionados».

CAPÍTULO VII. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

I. Introducción.

En los capítulos anteriores se ha expuesto el régimen jurídico que en la actualidad es aplicable al contrato de hospedaje en el ordenamiento español y se han tratado las cuestiones más importantes de la relación contractual.

Tras el anterior análisis, se aborda, en este último capítulo, una cuestión distinta: la de las iniciativas legislativas que, en su caso, debería adoptar el legislador español con referencia al contrato de hospedaje.

Sentado que el hospedaje es un contrato atípico, en el sentido de que es un contrato que carece de una normativa específica que regule de modo sistematizado y completo las relaciones entre las partes, la primera cuestión que tiene que ser abordada es la de si debe o no ser mantenido el planteamiento actual.

Opinar sobre la conveniencia de regular con cierto detenimiento las relaciones entre empresario hotelero y cliente exige determinar, con carácter previo, cuáles son las razones en las que debe descansar tal decisión.

En el supuesto de estimarse oportuna la regulación por parte del legislador de todos o algunos aspectos jurídico-privados del contrato de hospedaje, habrá que establecer el contenido concreto de dicha regulación y resolver otras cuestiones relacionadas con ello, como la del texto legislativo en el que deberán recogerse las normas que se estimen oportunas.

La formulación de propuestas de *lege ferenda* exige un conocimiento completo y exhaustivo de la legislación vigente y de la forma en que ésta es aplicada por los tribunales, pero también del Derecho comparado. De lo primero nos hemos ocupado extensamente en los capítulos anteriores; del Derecho comparado nos ocupamos a continuación.

II. Una mirada al Derecho comparado y al Derecho europeo.

Centrando nuestra atención en las normas de Derecho comparado, llama la atención que al igual que ocurre en nuestro Ordenamiento, la mayor parte de los Códigos civiles no contienen una regulación completa del contrato de hospedaje; no

obstante, todos ellos dedican preceptos concretos a regular la responsabilidad del hostelero por la pérdida de los objetos de los viajeros. De este modo, en la mayoría de los países de nuestro entorno el contrato de hospedaje es asimismo un contrato atípico, regulándose únicamente, como ocurre en España a través de los artículos 1783 y 1784 del Código Civil, la responsabilidad del hostelero por los equipajes y objetos que los clientes introducen en los establecimientos.

Aunque con ciertas diferencias no poco relevantes, y pese a la tendencia de la mayoría de los Códigos modernos a no regular la responsabilidad del hostelero dentro de las normas del depósito necesario⁴⁵¹, lo cierto es que los distintos Ordenamientos tienden a establecer parámetros similares para regular la responsabilidad del establecimiento hotelero por la pérdida de los efectos introducidos por los huéspedes en el hotel.

Centrándonos en el Derecho francés, el panorama resulta muy parecido al del Derecho español, lo cual no resulta extraño si tenemos en cuenta que el Código Civil español se inspira en gran medida en el Código Napoleónico. No obstante, pese a la similitud, el régimen de la responsabilidad del hostelero en Francia presenta algunas diferencias significativas que merecen ser mencionadas.

El *Code* de 1804 dedica los artículos 1952-1954 a regular el régimen de la responsabilidad del hostelero por los efectos de los huéspedes que hayan sido introducidos en el hotel y, al igual que ocurre en nuestro Ordenamiento jurídico, el artículo 1952 califica el depósito de este tipo de efectos como depósito necesario⁴⁵². Sin

⁴⁵¹ Mientras que tanto el *Code* francés como el Código Civil español -éste último por influencia del Código Napoleónico de 1804- regulan la responsabilidad del hostelero dentro de las normas del depósito necesario, la mayor parte de los Códigos han sufrido una evolución que conlleva la supresión de tal ubicación. Consecuentemente, hoy en día, calificar esta clase de depósito como necesario es un residuo histórico del que se han desprendido tanto el Código Civil italiano de 1942, en el que desaparece la figura del depósito necesario, como el Código Civil alemán, que dedica un título propio a la responsabilidad del hostelero. También el Código suizo de las obligaciones de 1980 o el Código neerlandés de 1992 suprimen la categoría del depósito necesario. Sin embargo, el Código Civil brasileño de 2003, pese a ser un código moderno, regula la responsabilidad del hostelero dentro de las normas del depósito necesario. De igual modo el Código Civil de Chile de 1857, cuyo artículo 2241 establece que «los efectos que el que aloja en una posada introduce en ella, entregándolos al posadero o a sus dependientes, se miran como depositados bajo la custodia del posadero. Este depósito se asemeja al necesario y se le aplican los artículos 2237 y siguientes». A su vez, el artículo 2237 señala lo siguiente: «Acerca del depósito necesario es admisible toda especie de prueba». Así las cosas, asemejar esta clase de depósito al depósito necesario mantiene el sentido que tenía antes la ubicación de los arts. 1783 y 1784 del Código Civil español dentro de las normas relativas al depósito necesario: beneficiarse de toda clase de pruebas, lo que implica conceder validez a la prueba por testigos.

⁴⁵² El art. 1952 del *Code* establece que «les aubergistes ou hôteliers répondent, comme dépositaires, des vêtements, bagages et objets divers apportés dans leur établissement par le voyageur qui loge chez eux ; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire».

embargo, a diferencia de lo que sucede en Derecho español, el art. 1953 va a distinguir entre una responsabilidad ilimitada siempre y cuando se trate de objetos que hayan sido depositados en manos del hostelero, y una responsabilidad limitada en los demás casos, a no ser que el viajero demuestre que los daños sufridos son debidos a la negligencia del propio hostelero o de las personas por las que él debe responder⁴⁵³. Por último, el artículo 1954 excluye en su primer párrafo la responsabilidad del establecimiento en aquellos supuestos en los que la pérdida resulte de un supuesto de fuerza mayor o provenga del vicio propio de la cosa, así como establece en su párrafo segundo la responsabilidad del hostelero por los objetos dejados en vehículos que hayan sido estacionados en las instalaciones del hotel, aunque limita dicha responsabilidad hasta cincuenta veces el precio de la habitación por día⁴⁵⁴.

Por lo que respecta al Derecho italiano, el *Codice Civile* de 1942 dedica los artículos 1783-1786 a regular dicha cuestión, estableciendo igualmente un régimen de responsabilidad limitada en caso de deterioro, destrucción o sustracción de las cosas meramente introducidas por el cliente en el hotel y un régimen de responsabilidad ilimitada en aquellos otros supuestos en los que los efectos son directamente custodiados por el hostelero⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Dispone el art.1953 del *Code* lo que sigue: «Ils sont responsables du vol ou du dommage de ces effets, soit que le vol ait été commis ou que le dommage ait été causé par leurs domestiques et préposés, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtel. Cette responsabilité est illimitée, nonobstant toute clause contraire, au cas de vol ou de détérioration des objets de toute nature déposés entre leurs mains ou qu'ils ont refusé de recevoir sans motif légitime. Dans tous les autres cas, les dommages-intérêts dus au voyageur sont, à l'exclusion de toute limitation conventionnelle inférieure, limités à l'équivalent de 100 fois le prix de location du logement par journée, sauf lorsque le voyageur démontre que le préjudice qu'il a subi résulte d'une faute de celui qui l'héberge ou des personnes dont ce dernier doit répondre».

⁴⁵⁴ Reza el art. 1954 lo siguiente: «Les aubergistes ou hôteliers ne sont pas responsables des vols ou dommages qui arrivent par force majeure, ni de la perte qui résulte de la nature ou d'un vice de la chose, à charge de démontrer le fait qu'ils allèguent. Par dérogation aux dispositions de l'article 1953, les aubergistes ou hôteliers sont responsables des objets laissés dans les véhicules stationnés sur les lieux dont ils ont la jouissance privative à concurrence de cinquante fois le prix de location du logement par journée. Les articles 1952 et 1953 ne s'appliquent pas aux animaux vivants».

⁴⁵⁵ A ello hacen referencia los artículos 1783 y 1784 del *Codice Civile*. El primero de estos preceptos establece lo siguiente: «Gli albergatori sono responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo. Sono considerate cose portate in albergo: 1) le cose che si trovano durante il tempo nel quale il cliente dispone dell'alloggio; 2) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia, fuori dell'albergo, durante il periodo di tempo in cui il cliente dispone dell'alloggio; 3) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia sia nell'albergo, sia fuori dell'albergo, durante un periodo di tempo ragionevole, precedente o successivo a quello in cui il cliente dispone dell'alloggio. La responsabilità di cui al presente articolo è limitata al valore di quanto sia deteriorato, distrutto o sottratto, sino all'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio per giornata». Por su parte, el art. 1784 dispone que «la responsabilità dell'albergatore è illimitata: 1) quando le cose gli sono state consegnate in custodia; 2) quando ha rifiutato di ricevere in custodia cose che aveva l'obbligo di accettare. L'albergatore ha l'obbligo di accettare le carte-valori, il danaro contante e gli oggetti di valore; egli può rifiutarsi di riceverli soltanto se si tratti di oggetti pericolosi o che, tenuto conto dell'importanza e delle

Además, se establece la nulidad de todos los pactos tendentes a excluir o limitar preventivamente la responsabilidad del establecimiento⁴⁵⁶. No obstante, tanto en los casos de custodia indirecta como en los supuestos de custodia directa, la responsabilidad del hostelero cesa tanto si el deterioro, destrucción o sustracción obedece a un supuesto de fuerza mayor como si es consecuencia de la propia naturaleza de la cosa. También quedará exento de responsabilidad el hostelero si la pérdida tiene lugar como resultado del comportamiento del propio cliente o personas que le acompañan⁴⁵⁷.

Al margen de ello, el *Codice Civile* dedica el artículo 1785-ter a considerar un supuesto no contemplado en nuestro Derecho, cual es la exigencia impuesta al huésped de comunicar al hostelero, sin retraso injustificado, el hecho del deterioro, destrucción o sustracción de cualquiera de sus efectos⁴⁵⁸. De este modo, en aquellos casos en los que el huésped no comunique, sin demora, la pérdida de los efectos al establecimiento, se entenderá que no podrá hacer valer su pretensión.

Por otra parte, a diferencia del Ordenamiento español, el Derecho italiano contiene un precepto concreto en el que se establece la no aplicación de las disposiciones relativas a regular la responsabilidad del hostelero a los vehículos de los huéspedes, a las cosas depositadas en ellos y tampoco a los animales vivos⁴⁵⁹.

Por último, el art. 1786 extiende la aplicación de tales preceptos también a otros establecimientos que pueden guardar cierta relación con el hotel, y en los que los

condizioni di gestione dell'albergo, abbiano valore eccessivo o natura ingombrante. L'albergatore può esigere che la cosa consegnatagli sia contenuta in un involucro chiuso o sigillato». No obstante, dichos preceptos hay que ponerlos asimismo en relación con el art. 1785-bis, según el cual en todos aquellos casos en los que, pese a no haber entregado el cliente el objeto para su efectiva custodia, el deterioro, la destrucción o la sustracción de los efectos son debidos a la culpa del propio hostelero o de sus auxiliares, la responsabilidad es igualmente ilimitada, como si de un supuesto de custodia directa se tratara. Reza este precepto lo siguiente: «L'albergatore è responsabile, senza che egli possa invocare il limite previsto dall'ultimo comma dell'art. 1783, quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo sono dovuti a colpa sua, dei membri della sua famiglia e dei suoi ausiliari».

⁴⁵⁶ La nulidad de dichos pactos aparece reflejada en el art. 1785-quater, en el que se dice que «sono nulli i patti o le dichiarazioni tendenti ad escludere o a limitare preventivamente la responsabilità dell'albergatore».

⁴⁵⁷ Establece el art. 1785 lo que sigue: «L'albergatore non è responsabile quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione sono dovuti: 1) al cliente, alle persone che l'accompagnano, che sono al suo servizio o che gli rendono visita; 2) a forza maggiore; 3) alla natura della cosa».

⁴⁵⁸ La obligación de denunciar el daño se encuentra recogida en el art. 1785-ter en los siguientes términos: «Fuori del caso previsto dall'art. 1785-bis, il cliente non potrà valersi delle precedenti disposizioni se, dopo aver constatato il deterioramento, la distruzione o la sottrazione, denunci il fatto all'albergatore con ritardo ingiustificato».

⁴⁵⁹ En este sentido se pronuncia el art. 1785-quinquies, según el cual «le disposizioni della presente sezione non si applicano ai veicoli, alle cose lasciate negli stessi, né agli animali vivi».

clientes se ven asimismo en la necesidad de introducir sus efectos. Estos son, entre otros, las residencias de ancianos, las pensiones o los balnearios⁴⁶⁰.

Una estructura parecida, aunque con ciertos matices, presenta el BGB. El Código alemán de 1900, quizá con mayor rigor que los códigos expuestos hasta el momento, dedica los §701-704 a regular la cuestión objeto de estudio. Para ello vuelve a incidir, al igual que lo hace el *Code* francés o el *Codice Civile*, en distinguir entre una responsabilidad limitada para aquellos supuestos en los que los efectos no son entregados para su efectiva guarda y una responsabilidad ilimitada en aquellos casos en los que los objetos fueron tomados bajo la custodia del hostelero. Asimismo, también será ilimitada la responsabilidad cuando la pérdida está causada por el hostelero o sus empleados⁴⁶¹.

En cuanto a las causas de exoneración de responsabilidad, el BGB no presenta diferencias significativas con respecto a los demás códigos. De este modo, la obligación de indemnizar no aparece si la pérdida, destrucción o daño fue causado por el huésped, un acompañante de éste o una persona a quien el huésped haya alojado. Tampoco se exigirá responsabilidad al establecimiento si la pérdida proviene de la propia naturaleza de la cosa o de un supuesto de fuerza mayor. Además, al igual que ocurre en el *Codice*

⁴⁶⁰ Establece el art. 1786 lo siguiente: «Le norme di questa sezione si applicano anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili».

⁴⁶¹ A tales cuestiones se refieren los §701 y 702 del BGB. El primero de estos preceptos establece lo siguiente: «Ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, hat den Schaden zu ersetzen, der durch den Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von Sachen entsteht, die ein im Betrieb dieses Gewerbes aufgenommener Gast eingebracht hat.

Als eingebracht gelten,

1. Sachen, welche in der Zeit, in der der Gast zur Beherbergung aufgenommen ist, in die Gastwirtschaft oder an einen von dem Gastwirt oder dessen Leuten angewiesenen oder von dem Gastwirt allgemein hierzu bestimmten Ort außerhalb der Gastwirtschaft gebracht oder sonst außerhalb der Gastwirtschaft von dem Gastwirt oder dessen Leuten in Obhut genommen sind,

2. Sachen, welche innerhalb einer angemessenen Frist vor oder nach der Zeit, in der der Gast zur Beherbergung aufgenommen war, von dem Gastwirt oder seinen Leuten in Obhut genommen sind.

Im Falle einer Anweisung oder einer Übernahme der Obhut durch Leute des Gastwirts gilt dies jedoch nur, wenn sie dazu bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren (...).

Por su parte, el §702 dispone que «Der Gastwirt haftet auf Grund des § 701 nur bis zu einem Betrag, der dem Hundertfachen des Beherbergungspreises für einen Tag entspricht, jedoch mindestens bis zu dem Betrag von 600 Euro und höchstens bis zu dem Betrag von 3.500 Euro; für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten tritt an die Stelle von 3.500 Euro der Betrag von 800 Euro.

Die Haftung des Gastwirts ist unbeschränkt,

1. wenn der Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von ihm oder seinen Leuten verschuldet ist,

2. wenn es sich um eingebrachte Sachen handelt, die er zur Aufbewahrung übernommen oder deren Übernahme zur Aufbewahrung er entgegen der Vorschrift des Absatzes 3 abgelehnt hat.

Der Gastwirt ist verpflichtet, Geld, Wertpapiere, Kostbarkeiten und andere Wertsachen zur Aufbewahrung zu übernehmen, es sei denn, dass sie im Hinblick auf die Größe oder den Rang der Gastwirtschaft von übermäßigem Wert oder Umfang oder dass sie gefährlich sind. Er kann verlangen, dass sie in einem verschlossenen oder versiegelten Behältnis übergeben werden».

Civile, la obligación de indemnizar no se extiende a los vehículos, a las cosas depositadas en los mismos y a los animales vivos⁴⁶².

Por su parte, permite el §702 a) la posibilidad de que el huésped renuncie por adelantado a la responsabilidad del hostelero siempre y cuando exceda de la cuantía máxima estipulada en el §702.1, siendo la renuncia efectiva solamente en aquellos casos en los que la declaración del huésped se proporcionó por escrito⁴⁶³.

Otra semejanza con el Código Civil italiano la encontramos en lo establecido por el §703, en el que se exige al huésped avisar al posadero después de tener conocimiento de la pérdida, destrucción o daño, a no ser que dicho daño fuese causado por el hostelero o sus empleados⁴⁶⁴.

Como se puede percibir, la redacción de los preceptos que el BGB destina a regular la responsabilidad del hostelero guarda gran similitud con los artículos que hacen referencia a tal cuestión en el *Codice Civile*, lo cual encuentra su explicación en que ambos textos fueron reformados como consecuencia del Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad de los hoteleros por los objetos de los viajeros introducidos en sus establecimientos, que entró en vigor el 15 de febrero de 1967, y cuyas directrices -consistentes en limitar a un máximo la responsabilidad del hostelero por las cosas no custodiadas directamente- han sido recogidas por la legislación interna de los países firmantes a través de las oportunas reformas legislativas⁴⁶⁵.

⁴⁶² Así lo disponen el tercer y el cuarto párrafo del § 701 BGB, según los cuales «Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von dem Gast, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die der Gast bei sich aufgenommen hat, oder durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt verursacht wird.

Die Ersatzpflicht erstreckt sich nicht auf Fahrzeuge, auf Sachen, die in einem Fahrzeug belassen worden sind, und auf lebende Tiere».

⁴⁶³ Dicho precepto reza así: «Die Haftung des Gastwirts kann im Voraus nur erlassen werden, soweit sie den nach § 702 Abs. 1 maßgeblichen Höchstbetrag übersteigt. Auch insoweit kann sie nicht erlassen werden für den Fall, dass der Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von dem Gastwirt oder von Leuten des Gastwirts vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wird oder dass es sich um Sachen handelt, deren Übernahme zur Aufbewahrung der Gastwirt entgegen der Vorschrift des § 702 Abs. 3 abgelehnt hat.

Der Erlass ist nur wirksam, wenn die Erklärung des Gastes schriftlich erteilt ist und wenn sie keine anderen Bestimmungen enthält».

⁴⁶⁴ Dispone el §703 lo siguiente: «Der dem Gast auf Grund der §§ 701, 702 zustehende Anspruch erlischt, wenn nicht der Gast unverzüglich, nachdem er von dem Verlust, der Zerstörung oder der Beschädigung Kenntnis erlangt hat, dem Gastwirt Anzeige macht. Dies gilt nicht, wenn die Sachen von dem Gastwirt zur Aufbewahrung übernommen waren oder wenn der Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von ihm oder seinen Leuten verschuldet ist».

⁴⁶⁵ El articulado de la citada Convención europea alude a una serie de aspectos importantes sobre la responsabilidad de los hosteleros que merecen ser mencionados. En el artículo 1 se refiere a supuestos de custodia indirecta. El hostelero responde limitadamente por el daño, destrucción o pérdida sufrida de las cosas introducidas por el cliente en el hotel. La cantidad máxima podrá ser aumentada por los Estados al

Al margen de los Códigos europeos, la regulación de la responsabilidad del hostelero también se ha contemplado en los distintos Códigos sudamericanos; es por ello conveniente dedicar unas breves líneas a la exposición de los preceptos encargados de regular tal cuestión en algunos de estos códigos, así como a analizar la estructura que éstos siguen.

Por lo que respecta al Código Civil argentino de 1871, los artículos 2229-2239 - ubicados dentro de un capítulo dedicado al depósito necesario- son los encargados de regular cómo se articula la responsabilidad del hotel por los efectos introducidos por los clientes. En primer lugar, el art. 2229 se encarga de despejar cualquier tipo de duda que pueda surgir con respecto a la calificación de depósito cuando no ha existido entrega

adaptar su legislación a la presente Convención o por pacto entre las partes, pero en ningún caso reducida y se corresponde con la cantidad de 3000 francos (art. 1.3). Por su parte, el art. 1.2 a) establece qué se debe entender por «cosas portadas», señalando que son éstas las cosas introducidas en el hotel y que se encuentran en el mismo durante el tiempo que el viajero dispone del alojamiento. Además, el art. 1.2.b) extiende la responsabilidad a los objetos que el hostelero o sus auxiliares asuman bajo su vigilancia fuera del hotel durante el tiempo que dura el alojamiento. Finalmente, el art. 1.2 c) señala que el hotel será responsable de lo asumido bajo su vigilancia, dentro o fuera del establecimiento, durante un plazo razonable anterior o posterior al tiempo que dura el alojamiento.

En el artículo 2 se refiere a supuestos de custodia directa. El hostelero viene obligado a asumir la custodia o depósito efectivo de una serie de bienes, cuales son las cartas de valor, el dinero efectivo y otros objetos valiosos. Su responsabilidad por los daños, destrucción o pérdida de estos bienes será ilimitada cuando son entregados efectivamente al mismo para su custodia (art. 2.1.a) o cuando injustificadamente se niega a recibirlos (art.2.1.b). Se consideran razones justificadas para no asumir la custodia el que los objetos sean peligrosos o de un valor excesivo con relación a las características propias del establecimiento (art. 2.2). Se establece asimismo que el hotelero en determinadas ocasiones puede exigir que los objetos que entrega el cliente estén debidamente cerrados o precintados (art. 2.3).

Por su parte, el art. 3 alude a algunas causas que hacen cesar la responsabilidad del hostelero tanto en los casos de custodia directa como indirecta. Estas causas son: la culpa del cliente, sus acompañantes o sus visitantes (art. 3.a); la fuerza mayor (art. 3.b) y la propia naturaleza de los bienes (art. 3.c).

Establece asimismo la Convención en su artículo 4 que cuando medie dolo o culpa del hostelero o de sus auxiliares, el hostelero responderá en todo caso de forma ilimitada.

El artículo 5 pone de manifiesto la obligación del huésped de comunicar la pérdida o el deterioro al hostelero en un plazo razonable de tiempo, ya que de no actuar así perderá todo derecho a exigir responsabilidad, salvo en el supuesto de culpa o dolo del hostelero o de sus auxiliares.

Establece el artículo 6 el carácter imperativo de las normas reguladoras de la responsabilidad del hostelero señalando que son nulas las declaraciones unilaterales del hostelero y los posibles pactos con el cliente tendentes a excluir la responsabilidad o limitarla.

Finalmente, el artículo 7 de la citada Convención excluye de la responsabilidad de los hosteleros a los vehículos, las cosas depositadas en los mismos y a los animales vivos.

«En definitiva, como se acaba de ver, el régimen europeo uniforme de responsabilidad del hotelero por la pérdida, deterioro o sustracción de las cosas del cliente introducidas en el hotel se sustancia en la distinción entre responsabilidad limitada e ilimitada. Es evidente que la Convención pretende dar una solución uniforme a los problemas más frecuentes que surgen en la práctica diaria en el ámbito de la actividad del hospedaje: limitación de la responsabilidad del hostelero por las cosas introducidas y no entregadas al mismo; duración de la responsabilidad, bienes del cliente a los que alcanza la misma (...) y todo ello con el fin de garantizar a los viajeros una protección eficaz y que el hostelero, a su vez, pueda asegurar el riesgo propio de su actividad empresarial y pueda hacer frente a los posibles daños ocasionados a los clientes». MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje...*, pág. 126.

material del objeto en cuestión⁴⁶⁶. A ello se añade que sin establecer distinción alguna entre la responsabilidad ilimitada -exigible en aquellos supuestos en los que los efectos han sido entregados al hostelero para su efectiva custodia- y la responsabilidad limitada -que tiene lugar cuando los efectos son meramente introducidos sin que el establecimiento los custodie directamente-, el presente código se limita a configurar un régimen de responsabilidad en el que, al igual que ocurre en el Código Civil español⁴⁶⁷, no se contempla ningún límite para los casos de custodia indirecta.

Dicho esto, los restantes preceptos del Código argentino vuelven a presentar notables similitudes con los preceptos señalados con anterioridad correspondientes a los distintos códigos europeos. Así, en el art. 2230 se consagra la responsabilidad del posadero por todo daño o pérdida que sufran los efectos de toda clase -incluidos los vehículos⁴⁶⁸- introducidos en las posadas, a no ser que tengan lugar como consecuencia de la actuación de familiares o visitantes del propio viajero⁴⁶⁹.

Por lo que se refiere a las causas de exoneración de responsabilidad del hostelero, éstas se encuentran recogidas en el art. 2236, en el que se señalan la fuerza mayor y la culpa del viajero como las únicas causas capaces de eximir de responsabilidad al establecimiento⁴⁷⁰; no obstante, en caso de portar consigo el huésped objetos de gran valor, deberá comunicar la existencia de los mismos al establecimiento, incluso mostrárselos si aquél así lo indica, puesto que de lo contrario no será responsable de la pérdida o daño que tales objetos sufran durante la vigencia del

⁴⁶⁶ Según el art. 2229, «el depósito hecho en las posadas se verifica por la introducción en ellas de los efectos de los viajeros, aunque expresamente no se hayan entregado al posadero o sus dependientes, y aunque ellos tengan la llave de las piezas donde se hallen los efectos».

⁴⁶⁷ Pese a no haber ratificado España el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad de los hoteleros por los objetos de los viajeros introducidos en sus establecimientos, que entró en vigor el 15 de febrero de 1967 y que limita el alcance de la responsabilidad cuando los efectos no han sido entregados al hostelero para su efectiva custodia, se dictó en nuestro país la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sobre regulación de los establecimientos hoteleros que, indudablemente, pretendía trasladar los logros conseguidos por aquel Convenio a nuestro Ordenamiento. A tal fin, se introduce la distinción extendida ya en la mayor parte de las legislaciones extranjeras, entre responsabilidad por custodia directa e indirecta.

⁴⁶⁸ Según el art. 2231, «el posadero responde de los carros y efectos de toda clase que hayan entrado en las dependencias de las posadas».

⁴⁶⁹ Reza así el art. 2230: «El posadero y todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento a los viajeros, responden de todo daño o pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas, sea por culpa de sus dependientes o de las mismas personas que se alojan en la casa; pero no responden de los daños o hurtos de los familiares o visitantes de los viajeros».

⁴⁷⁰ Dice el art. 2236 lo siguiente: «El posadero no es responsable cuando el daño o la pérdida provenga de fuerza mayor, o de culpa del viajero». Por su parte, el art. 2237 establece que «no es fuerza mayor la introducción de ladrones en las posadas si no lo hiciesen con armas, o por escalamiento que no pudiese resistir el posadero».

contrato⁴⁷¹. Al margen de lo expuesto, no se exime al hostelero de responsabilidad por otros motivos, siendo nulo cualquier pacto sobre limitación de responsabilidad y no teniendo efecto alguno los avisos que ponga el hotel anunciando que no responde de los efectos introducidos por los viajeros⁴⁷².

Por otra parte, a diferencia de lo establecido por el art. 1786 del *Codice Civile*, el art. 2233 del Código Civil argentino no extiende la responsabilidad del hostelero tal y como se configura en los preceptos analizados a otros supuestos que pueden presentar cierta semejanza⁴⁷³.

Por último, el art. 2238 admite toda clase de pruebas en el depósito necesario⁴⁷⁴ y en el art. 2239 se establece el carácter supletorio de las normas relativas al depósito voluntario⁴⁷⁵.

De forma más escueta, también el Código Civil brasileño de 2003 contempla dentro de las normas relativas al depósito necesario la responsabilidad del hostelero por los efectos introducidos por los clientes en el establecimiento. Dicha responsabilidad, consagrada en los arts. 649 y ss.⁴⁷⁶, cesa en aquellos casos en los que el daño tiene lugar como consecuencia de un supuesto que *no puede ser evitado*⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ Así, el art. 2235 dispone que «el viajero que trajese consigo efectos de gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, debe hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si éste lo exige, y de no hacerlo así, el posadero no es responsable de su pérdida». Es decir, es necesario que se cumpla con el presupuesto de la puesta en conocimiento para que nazca la responsabilidad, aunque dicho requisito solamente se exige cuando de objetos de gran valor se trata.

⁴⁷² Hace referencia a ello el art. 2232, en el que se establece lo que sigue: «El posadero no se exime de la responsabilidad que se le impone por las leyes de este capítulo, por avisos que ponga anunciando que no responde de los efectos introducidos por los viajeros; y cualquier pacto que sobre la materia hiciese con ellos para limitar su responsabilidad, será de ningún valor».

⁴⁷³ El art. 2233 señala lo siguiente: «La responsabilidad impuesta a los posaderos, no se aplica a los administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos semejantes, ni respecto de los viajeros que entren en las posadas, sin alojarse en ellas». A ello se añade lo dispuesto por el art. 2234, según el cual la responsabilidad del hostelero «tampoco se aplica respecto de los locatarios de piezas, a particulares que no fuesen viajeros, o que no estén como huéspedes, ni respecto a las personas que viviendo o pudiendo vivir en los pueblos, alquilan piezas como locatarios en las posadas».

⁴⁷⁴ Lo que da sentido a ubicar esta clase de depósito dentro de las normas que hacen referencia al depósito necesario. Dice el art. 2238 lo siguiente: «En el depósito necesario es admisible toda clase de pruebas».

⁴⁷⁵ Por su parte, el art. 2239 señala que «en todo lo demás el depósito necesario es regido por las disposiciones relativas al depósito voluntario».

⁴⁷⁶ Dispone el art. 649 lo siguiente: «Aos depósitos previstos no artigo antecedente é equiparado o das bagagens dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde estiverem. Parágrafo único. Os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos».

⁴⁷⁷ Según el art. 650 «cessa, nos casos do artigo antecedente, a responsabilidade dos hospedeiros, se provarem que os fatos prejudiciais aos viajantes ou hóspedes não podiam ter sido evitados».

Finalmente, es menester detenerse asimismo en un Código en el que, a diferencia de lo que ocurre con todos los hasta ahora analizados, el contrato de hospedaje se presenta como un contrato típico. Es el caso del Código Civil de Perú de 1984, el cual dedica los artículos 1713-1727 a regular el contrato que nos ocupa en su conjunto, y no solamente la responsabilidad del hostelero como depositario. De este modo, el art. 1713 define el contrato de la siguiente manera: «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. Esta podrá ser fijada en forma de tarifa por la autoridad competente si se trata de hoteles, posadas u otros establecimientos similares». Asimismo, antes de centrarse en la responsabilidad del hostelero, dedica el Código Civil peruano distintos preceptos a regular cuestiones tales como la sujeción del hospedaje a las normas reglamentarias⁴⁷⁸, los derechos del huésped⁴⁷⁹, la obligación de informar sobre el precio⁴⁸⁰ o el derecho de retención en caso de impago⁴⁸¹.

Regulados dichos aspectos del contrato de hospedaje, son los artículos 1718 y ss. los encargados de tratar la responsabilidad del hostelero por los efectos introducidos por los viajeros en el establecimiento, intentando dar solución, como veremos seguidamente, al problema probatorio que persiste en todos los Ordenamientos expuestos hasta el momento. Así, al igual que la mayoría de los restantes códigos, el hostelero responderá ilimitadamente como depositario por el dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos para su custodia⁴⁸²; el hostelero responderá igualmente -aunque la autoridad competente fijará el límite de la responsabilidad en estos casos- de los

⁴⁷⁸ De este modo, el art. 1714 establece lo siguiente: «El hospedaje se sujeta además a las normas reglamentarias y a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad competente».

⁴⁷⁹ Según el art. 1715 «el huésped tiene derecho a exigir del hospedante que la habitación presente las condiciones de aseo y funcionamiento de servicios normales y que los alimentos, en su caso, respondan a los requisitos de calidad e higiene adecuados».

⁴⁸⁰ Así, el art. 1716 dispone: «Los establecimientos destinados a hospedaje exhibirán en lugar visible las tarifas y cláusulas generales de contratación que rigen este contrato».

⁴⁸¹ Reza el art. 1717 lo que sigue: «Los equipajes y demás bienes entregados o introducidos por el huésped responden preferencialmente por el pago de la retribución del hospedaje y por los daños y perjuicios que aquél hubiese causado al establecimiento, pudiendo el hospedante retenerlos hasta su cancelación».

⁴⁸² Según el art. 1718 «el hospedante responde como depositario por el dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos en custodia del huésped y debe poner en su cuidado la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Se debe poner en relación este precepto con el art. 1721, según el cual «el hospedante no puede negarse a recibir en custodia o a que se introduzcan los bienes a que se refiere el artículo 1718, sin justos motivos. Se consideran tales, el excesivo valor de los bienes en relación con la importancia del establecimiento, así como su naturaleza en cuanto constituya obstáculo respecto a la capacidad del local».

objetos de uso corriente introducidos por el huésped⁴⁸³, teniendo derecho el hostelero a solicitar «dentro de las veinticuatro horas de su ingreso, una declaración escrita de los objetos de uso común introducidos, así como a comprobar su exactitud»⁴⁸⁴. De este modo, aunque a nuestro modo de entender desnaturalizando la esencia del contrato, el legislador acaba con el clásico problema que constituye la prueba de los efectos que han sido *meramente introducidos* por el huésped, y de los cuales resulta prácticamente imposible probar su existencia.

Por su parte, el art. 1722 extiende la responsabilidad del hostelero a los actos u omisiones llevados a cabo por sus auxiliares⁴⁸⁵ mientras que, como ya lo hacían, entre otros, el §703 BGB o el art.1785-ter del *Codice Civile*, el art. 1723 obliga al huésped, para exigir responsabilidad al hostelero, a comunicar la pérdida, sustracción o deterioro de los bienes tan pronto como tenga conocimiento de ello⁴⁸⁶.

En cuanto a las causas de exoneración de responsabilidad, el artículo 1724 considera únicas causas de extinción de la responsabilidad la culpa exclusiva del huésped, de sus acompañantes o el vicio propio de la cosa⁴⁸⁷.

Por último, el art. 1725 establece un plazo de caducidad de seis meses para el crédito del hostelero⁴⁸⁸; el art. 1726 permite la aplicación de los preceptos dedicados a regular la responsabilidad del hotel a los vehículos de los clientes⁴⁸⁹ y el art. 1727, por su parte, extiende la utilización de los artículos 1713 a 1725 a establecimientos que

⁴⁸³ El art. 1719 dice así: «El hospedante responde igualmente de los objetos de uso corriente introducidos por el huésped, siempre que éste cumpla las prescripciones del aviso que estará fijado en lugar visible de las habitaciones. La autoridad competente fijará el límite de la responsabilidad».

⁴⁸⁴ Art. 1720.

⁴⁸⁵ Dispone el art. 1722 que «la responsabilidad del hospedante por la custodia de los bienes depositados o introducidos se extiende a los actos u omisiones de los familiares que trabajan con él y a sus dependientes».

⁴⁸⁶ El art. 1723 establece lo siguiente: «El huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento tan pronto tenga conocimiento de ello. De no hacerlo, quedará excluida la responsabilidad del hospedante, salvo cuando tales hechos se produzcan por dolo o culpa inexcusable de éste último».

⁴⁸⁷ Según el art. 1724 «el hospedante no tiene responsabilidad si prueba que la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos por el huésped se debe a su culpa exclusiva o de quienes le visiten, acompañen o sean dependientes suyos o si tiene como causa la naturaleza o vicio de ellos».

⁴⁸⁸ El art. 1725 dice lo siguiente: «El crédito del hospedante caduca a los seis meses contados a partir del momento de la terminación del contrato».

⁴⁸⁹ El art. 1726 dispone: «El servicio adicional de estacionamiento de vehículos o similares, se rige por los artículos 1713 a 1725, en cuanto sean aplicables».

presentan semejanzas con los establecimientos hoteleros, tales como balnearios, restaurantes o clubes⁴⁹⁰, como también hace el art. 1786 del *Codice Civile*.

En cuanto al planteamiento adoptado por los distintos textos de Derecho europeo, éstos no dedican al hospedaje regulación alguna. Así, por ejemplo, el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), pese a que regula ciertos contratos típicos, como el contrato de servicios y el de obra, no dedica ningún precepto al hospedaje. Por su parte, los PEL SC (*Principles of European Law Service Contracts*) tampoco establecen ninguna previsión específica para el contrato de alojamiento, aunque se ocupan de contratos como el de depósito y contienen preceptos que, en principio, son aplicables a cualquier contrato de servicios, incluido el hospedaje.

Así las cosas, la situación que presenta este contrato en los distintos ordenamientos jurídicos no ofrece pleno consenso sobre la conveniencia de regular de modo sistematizado e independiente los aspectos jurídico-privados del contrato de alojamiento. Esto nos llevará, en el siguiente apartado, a analizar si el planteamiento actual en Derecho español es acertado y, por tanto, deber ser mantenido o, por el contrario, existen razones fundadas que aconsejan una modificación del panorama presente.

III. Propuestas legislativas.

Antes de establecer nuestras propuestas, conviene detenerse en cuáles son las razones en las que debe descansar la decisión del legislador sobre la regulación del contrato de hospedaje, puesto que solamente el análisis de tales cuestiones nos permitirá concluir acerca de cuál sería una correcta regulación del contrato que nos ocupa.

En nuestra opinión, las intervenciones legislativas en el ámbito contractual deben reducirse lo más posible y la decisión del legislador de regular un determinado tipo contractual sólo está justificada si las normas (generales o especiales) por las que se rige en un momento dado son, bien insuficientes, bien inadecuadas, para resolver de modo satisfactorio las distintas cuestiones que suscita en la práctica la relación contractual de que se trate.

⁴⁹⁰ Según el art.1727 «las disposiciones de los artículos 1713 a 1725 comprenden a los hospitales, clínicas y casas de salud o de reposo, establecimientos comerciales o de espectáculos públicos, balnearios, restaurantes, clubes, naves, aeronaves, coches-cama y similares, en lo que les sean aplicables».

En lo que se refiere al hospedaje, el marco legislativo actual está formado por los artículos 1783 y 1784 del Código Civil, sobre responsabilidad del hostelero, el régimen general de las obligaciones y contratos del libro IV del Código Civil, la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, y el Real Decreto Legislativo 1/2007, mediante el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de consumidores⁴⁹¹. Todo ello sin perjuicio de que en algún caso concreto pudiera resultar de aplicación alguna ley especial⁴⁹².

Ahora bien, ¿qué valoración nos merece este régimen jurídico? ¿Resulta adecuado para el contrato de hospedaje? Como hemos tenido ocasión de comprobar en capítulos anteriores, el marco normativo al que hemos hecho referencia da respuestas razonables en caso de controversia. Así, el Real Decreto Legislativo 1/2007 da respuesta a los conflictos que puedan surgir con respecto a los deberes precontractuales, haciendo especial hincapié en el derecho a la información. De este modo, para conseguir la finalidad pretendida por el ordenamiento, la información que el consumidor recibe debe reunir una serie de características propias, que hagan efectiva la protección; para determinar dichos requisitos, bastaría con acudir al principio de buena fe; sin embargo, igualmente la ley detalla cuáles deben ser sus atributos distintivos. A tal fin, el art. 60 RD 1/2007, entre otros preceptos, señala que ha de tratarse de una información clara, comprensible, adaptada a las circunstancias, relevante, veraz y suficiente. Por su parte, las cuestiones que se puedan plantear debido al ejercicio de la facultad de desistimiento del cliente encuentran respuesta en los usos, siendo una práctica habitual que el establecimiento hotelero permita al cliente desistir del contrato en cualquier momento anterior a su comienzo sin imponerle indemnización, salvo que otra cosa distinta se disponga en la información precontractual. Por último, los casos de incumplimiento se solventan por los Tribunales acudiendo al régimen del incumplimiento contractual contemplado en el Código Civil, en su interpretación jurisprudencial, que resulta más acorde con las previsiones más actualizadas, de textos sin rango de ley como el ya

⁴⁹¹ Es claro que la Ley de condiciones generales de la contratación sólo será aplicable en aquellos casos en los que se hayan utilizado en la contratación cláusulas predispuestas que hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos y cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (art. 1 de la citada ley). Por su parte, el Texto Refundido de la Ley de consumidores es de aplicación sólo a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (art. 2), términos que poseen el significado preciso que les atribuye este texto legal.

⁴⁹² También es de aplicación el régimen jurídico del contrato de servicios -categoría general a la que pertenece el hospedaje-, pero, como es bien sabido, el Código Civil español prácticamente no regula este contrato. En cualquier caso, deberá tenerse en cuenta la doctrina de los tribunales.

citado DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), los PECL (*Principles of European Contract Law*) o la Propuesta de Modernización del Código Civil.

De este modo, la decisión del legislador de no regular el contrato de hospedaje en su conjunto parece la más razonable, y descansa principalmente en que las normas del contrato se servicios (que es la categoría general a la que pertenece), las normas generales de las obligaciones y contratos, y las normas sobre protección de los consumidores, en concreto el Real Decreto Legislativo 1/2007, resultan suficientes y adecuadas para resolver las distintas cuestiones que suscita esta relación contractual, y ello a pesar de que, como es bien sabido, el contrato de servicios precise de una normativa adaptada a los tiempos actuales.

Ahora bien, a pesar de que por las razones aludidas creemos innecesario convertir el contrato de hospedaje en un contrato típico, no menos cierto es que existe una cuestión concreta, cual es la responsabilidad del hostelero por la pérdida o deterioro de los objetos de los clientes, que sí creemos que merece una regulación específica, aunque distinta a la que actualmente le dan los arts. 1783 y 1784 C.c. A nuestro parecer, la respuesta que actualmente da la ley española al problema de la responsabilidad del hotelero merece ser criticada⁴⁹³.

Los preceptos, redactados en 1889, son claramente obsoletos y se muestran del todo insuficientes para dar solución a los problemas que se originan actualmente en la práctica, que pueden ir desde la desaparición de un efecto introducido por el cliente en el hotel, hasta el deterioro de un objeto depositado por aquél en la caja fuerte de la habitación. De ahí que los tribunales vengán realizando una tarea de verdadera creación del Derecho, lo que provoca una inseguridad jurídica que podría evitarse dando una nueva redacción a los preceptos señalados.

⁴⁹³ Como hemos señalado anteriormente, mientras que aspectos tales como el contenido del contrato, los deberes de información del empresario, el desistimiento o el incumplimiento encuentran respuestas razonables, bien en el Derecho codificado, bien en la normativa protectora de los consumidores, no puede decirse lo mismo del problema que se le plantea al huésped ante la “desaparición” durante su estancia en el hotel de objetos que portaba consigo. Son muchas las dudas e incertidumbres que en relación con estos supuestos se le plantean al aplicador del Derecho: ¿la responsabilidad del hostelero alcanza a todos los objetos que el viajero lleve consigo o únicamente a aquellos que haya puesto en conocimiento del empresario?; ¿es responsable el establecimiento de los daños o de la sustracción de los vehículos de los clientes aparcados en el recinto del hotel?; ¿y de los daños sufridos por los objetos guardados en la caja fuerte de la habitación?; ¿corresponde al cliente que exige una indemnización al hotelero probar que introdujo en el hotel los objetos cuyo valor reclama?; ¿cómo puede probar este hecho?; ¿con qué criterios deberá fijar el juez la cuantía de la indemnización?...

De este modo, se hace necesaria una reforma de los artículos, que posibilite mantener un criterio unánime en caso de conflicto entre las partes, y cuyo propósito debe ser dar una respuesta lo más equilibrada posible al problema que genera la pérdida o deterioro de los efectos introducidos por los clientes en el establecimiento hotelero.

A esto se añade que se trata ésta de una de las cuestiones que mayor número de litigios ha ocasionado entre el hotel y el cliente, por lo que, habida cuenta de las singularidades que presenta, precisa de una respuesta concreta por parte del legislador. Dichas particularidades se centran principalmente en las dificultades probatorias que para el cliente presenta el hecho que desencadena la responsabilidad y, en concreto, la excesiva dificultad de acreditar la preexistencia de sus objetos en el establecimiento hotelero, siempre que no hayan sido depositados para su custodia directa. Estas dificultades probatorias presentan un dilema no fácil de resolver para el legislador: por un lado, la norma no puede hacer recaer sobre el hotel indiscriminadamente una responsabilidad objetiva por la pérdida de los efectos de los viajeros, sin ofrecerle al menos una cierta garantía de que la pérdida o deterioro de los objetos tuvo lugar en el establecimiento; por otra parte, también resulta ilógico que el huésped deba hacer un inventario completo de los efectos que porta consigo, puesto que si bien es cierto que tal requisito constituiría un medio de prueba irrefutable, no menos cierto es que se trata de una exigencia que resultaría excesiva e irracional en la práctica.

En conclusión, si bien no estimamos necesaria una regulación específica del contrato de hospedaje, sí consideramos necesario modificar el régimen sobre responsabilidad de los hosteleros de los artículos 1783 y 1784 del Código Civil. En lo que se refiere al alojamiento en establecimientos hoteleros, no hay una laguna normativa, pese a no existir una regulación *ad hoc*; lo que hay es, tan sólo, una inadecuación a la realidad actual de la disciplina sobre la responsabilidad de los establecimientos por la pérdida de los objetos de los clientes durante la vigencia del contrato de hospedaje.

Esta inadecuación es totalmente lógica, dado que las normas que dentro del Código español se ocupan de este problema fueron tomadas del Código francés de 1804, lo que significa que están referidas a una realidad social y económica muy diferente a la actual. De este modo, la solución establecida en los preceptos citados difícilmente puede resolver de modo convincente la más variada y rica problemática que

la pérdida o deterioro de los objetos de los clientes de los hoteles suscita en la actualidad.

IV. Propuestas sobre el régimen jurídico de la responsabilidad del hostelero.

a) Texto legal apropiado para regular la responsabilidad del hostelero.

Siendo el fin último de este apartado elaborar la que, según nuestro criterio, sería una correcta redacción de los arts. 1783 y 1784 C.c., es preciso abordar antes una cuestión que no escapa a nuestro interés y que tiene que ver con el lugar exacto en el que se debe incluir esta regulación. De este modo, una vez que se ha concluido la necesidad de regular *ex novo* la responsabilidad del hostelero por la pérdida de los objetos de los clientes, es preciso preguntarse cuál es el texto legal adecuado para regular tal cuestión y si debe seguir manteniéndose esta regulación en el Código Civil.

Así, es claro que no tendría sentido dictar una ley especial, pues el único objetivo a alcanzar es dar respuesta a un problema muy puntual, que exigirá un número reducido de previsiones normativas. Por ello, un texto legal independiente no estaría justificado.

Por otra parte, podría pensarse que el lugar adecuado es el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, por cuanto que es nuestra ley «general» -que no «código»-, reguladora de las relaciones entre empresarios y consumidores. Sin embargo, esta opción debe descartarse por dos motivos:

En primer lugar, porque el problema que nos ocupa merece idéntica respuesta en los casos en que el huésped es un consumidor y en los casos en que no lo es. En esta ocasión no hay razón alguna que justifique una diferencia de trato. No tiene sentido atribuir un trato más favorable a quien se hospeda en el hotel por razones que nada tienen que ver con su actividad profesional o empresarial cuando el problema que se plantea es la pérdida de objetos que llevaba consigo. Este huésped no está más desprotegido frente al hostelero de lo que lo está el que ha perdido los objetos durante la utilización de los servicios de hospedaje con ocasión de una actividad empresarial o profesional.

En segundo lugar, porque el problema planteado no requiere una solución que proteja al huésped frente al empresario, sino algo bien distinto, una solución equilibrada, que tenga en cuenta y concilie de modo equitativo los dos intereses en conflicto: el del cliente, desde luego, pero también el del establecimiento, que no debe verse expuesto a reclamaciones de este tipo sin una prueba suficiente de la preexistencia de los objetos y de su valor, salvo que se limite de algún modo su responsabilidad.

Otra posibilidad a considerar es la inclusión de las normas sobre responsabilidad de los hosteleros en el Código Mercantil. Es claro que en los últimos tiempos se constata una notoria tendencia a incrementar el ámbito de lo mercantil, siendo una clarísima muestra de ello el Proyecto de Ley de Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014. Sin embargo, creemos que el Código Mercantil debe quedar para aquellas normas especiales que se aparten del Derecho privado general por necesidades del tráfico, no siendo el lugar adecuado para regular la responsabilidad de los hosteleros por los daños sufridos en los objetos de los huéspedes. Este problema no requiere una solución *especial*, es decir, una solución contraria a las reglas generales de la responsabilidad contractual, sino una solución *específica*, que no es lo mismo.

Tal solución no debe venir determinada por la lógica del mercado, que es la que inspira a los códigos mercantiles. No se trata de que el «mercado» de la hostelería funcione de modo satisfactorio para el sector empresarial, sino, como ya se ha dicho, de conciliar los intereses en juego y de diseñar un sistema de responsabilidad que sortee del mejor modo posible las dificultades probatorias que se le plantean al perjudicado, siendo al mismo tiempo equitativo para el prestador del servicio.

A lo expuesto hasta ahora se añade que, a nuestro modo de ver, lo relativo a la prueba de la desaparición de los objetos y de su valor, posee una importancia crucial en el tema, algo que ya se percibió por los redactores del Código de Napoleón. Conscientes éstos de las dificultades a las que se habría de enfrentar el viajero que sufriese daños en sus bienes durante su estancia en el hotel, para probar tanto la introducción del equipaje, como su pérdida, admitieron a tal fin todo tipo de prueba, incluyendo la prueba de testigos. La misma solución se estableció para el llamado depósito necesario, que es aquel que “tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes” (art. 1781 del Código Civil español). De ahí que también el depósito de los efectos de los viajeros fuera legalmente conceptuado como un caso de

depósito necesario. No obstante, pese a ello, la importancia de los aspectos probatorios en el supuesto que nos ocupa no significa, desde luego, que el problema al que se enfrenta el legislador sea un problema procesal, ni que deba ser resuelto en las leyes procesales. Significa, simplemente, que la regulación sustantiva de la responsabilidad del hostelero ha de tomar muy en cuenta las dificultades de prueba a las que se habrá de enfrentar el perjudicado; unas dificultades que tampoco sería sensato que se convirtiesen en una ventaja para él y en un perjuicio para el otro contratante. Es aquí donde se encuentra la mayor dificultad.

Así las cosas, nuestra opinión es que las reglas sobre la responsabilidad de los establecimientos hoteleros deben permanecer en el Código Civil. Es el criterio unánime en Derecho comparado, y aunque pueda pensarse que ello se debe a razones históricas, lo cierto es que continúa siendo el texto adecuado, pues se trata de una responsabilidad derivada de un contrato entre el prestador de un servicio concreto (el hospedaje) y el sujeto acreedor del mismo.

Lo que no convence, ciertamente, al no existir entrega de los objetos cuando éstos han sido meramente introducidos en el establecimiento hotelero, es seguir manteniendo la categoría de depósito necesario. Sin embargo, no es menos cierto que al ser el fundamento de la responsabilidad del hostelero el deber de custodia de los objetos de los clientes, hay una clara conexión entre este asunto y el contrato de depósito, por virtud del cual un sujeto se obliga a custodiar las cosas que a tal fin le han sido entregadas por el otro contratante.

Por esta razón, y a fin de no alterar excesivamente la sistemática del Código, la solución que propugnamos es la de crear, dentro del capítulo dedicado al depósito, una nueva sección sobre la responsabilidad del hostelero, sección que estaría integrada por los arts. 1783 y 1784, a los que habría que dar nueva redacción. Todo ello, claro está, para el caso de aprobarse únicamente una reforma puntual referida a esta materia.

b) Un nuevo régimen de responsabilidad del hostelero.

Expuesto lo anterior, y señalando el Código Civil como el texto legal más apropiado para contener las reglas sobre responsabilidad del hostelero por los efectos introducidos en el establecimiento por los huéspedes, pasamos seguidamente a exponer la que, a nuestro parecer, sería una apropiada redacción de los artículos 1783 y 1784 C.c., adaptada a las necesidades actuales. De este modo, la nueva redacción que

proponemos -y que tiene como principal finalidad dar respuesta a los problemas probatorios que se plantean en la práctica- es la siguiente⁴⁹⁴:

Artículo 1783.

1. Los hosteleros responden frente a los huéspedes por la pérdida o deterioro de los objetos de éstos por razón del hospedaje, en los términos establecidos en este artículo. La responsabilidad no se extiende a los vehículos ni a las cosas depositadas en los mismos.

2. A estos efectos, tendrán la consideración de huéspedes tanto quienes se hallen en el establecimiento por razón del hospedaje como quienes habiendo celebrado el contrato tengan un interés legítimo en la recuperación de los objetos.

3. En los casos de custodia directa del equipaje por parte del establecimiento, éste responderá de su pérdida quedando legalmente obligado a indemnizar al cliente en la cantidad que se determine reglamentariamente y que variará en función del peso del equipaje y de la categoría del hotel.

4. El hotel responderá por el valor de los objetos que el cliente haya entregado al hostelero para su custodia en la caja de seguridad del hotel.

5. El hotel responderá por el valor de los objetos que el cliente haya depositado en la caja de seguridad de la habitación, siempre y cuando éste pruebe la existencia de los objetos a través de la previa declaración de los mismos mediante el formulario que se proporcione a tal efecto o de cualquier otro medio de prueba fehaciente.

La responsabilidad del hostelero en tales supuestos quedará limitada a la cuantía que se fije reglamentariamente.

6. El hotel responderá por el valor de los objetos que los viajeros hayan introducido en sus habitaciones y que no se encuentren ubicados en la caja de seguridad, salvo que se trate de objetos de valor, o de objetos que no sea razonable exigir que se depositen en ella, en atención a su naturaleza y caracteres.

⁴⁹⁴ La nueva redacción implicaría, como es lógico, la derogación de toda aquella normativa de rango inferior que contradiga lo establecido por los preceptos propuestos, incluida la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sobre regulación de los establecimientos hoteleros.

La responsabilidad del hostelero en tales supuestos quedará limitada a la cuantía que se fije reglamentariamente.

7. El hotel quedará exonerado de responsabilidad cuando la pérdida o deterioro de los objetos se deba a culpa del huésped o de las personas que lo acompañen o visiten, a fuerza mayor o a vicio propio de la cosa.

Artículo 1784.

1. La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior exige que el huésped ponga en conocimiento del hostelero, sin demora, la pérdida o el deterioro, salvo que estuvieran causados por dolo del hostelero o de sus empleados.

2. La acción para exigir responsabilidad prescribe al año de haber finalizado el contrato de hospedaje, con independencia del momento en el que el huésped tenga conocimiento de la pérdida o del deterioro.

Como se aprecia, el art. 1783 será el encargado de establecer el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de los preceptos, así como de regular las reglas de responsabilidad aplicables a cada caso concreto que puede acontecer en la práctica y señalar cuáles son las causas que exoneran de responsabilidad al hotel; por su parte, el art. 1784 cumple un objetivo distinto: en él se establece un particular presupuesto para hacer valer la pretensión indemnizatoria y se determina asimismo cuál es el plazo de prescripción para exigir responsabilidad al establecimiento.

Aclarado lo anterior, se tratará ahora de justificar cada una de las disposiciones que integran los preceptos señalados, con el fin de analizar las razones que nos han llevado a redactarlas del modo expuesto⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Como se observa, no hay ningún precepto que establezca si el régimen especial de responsabilidad de los hosteleros debe o no aplicarse a otros empresarios que prestan servicios distintos del hospedaje pero que podría entenderse que guardan alguna analogía con él. Es el caso de las clínicas, los balnearios o los establecimientos deportivos. Actualmente, algunos códigos no abordan el problema (el francés, español o brasileño) y los que sí lo hacen se dividen entre los que declaran inaplicable el régimen de responsabilidad del hostelero por la pérdida de los objetos de los huéspedes a otros supuestos distintos (Art. 2233 del Código Civil argentino) y los que siguen el criterio contrario (art. 2248 del Código de Chile, art. 1786 del *Codice Civile*). Poco claro en este punto es el Código Civil de Perú, cuyo art. 1727 establece que las disposiciones de los arts. 1713 a 1725 (que son todas las que regulan el contrato de hospedaje) «comprenden a los hospitales, clínicas y casas de salud o de reposo, establecimientos comerciales o de espectáculos públicos, balnearios, restaurantes, clubes, naves, aeronaves, coches-cama y similares, en lo que le sean aplicables». En principio, puede sensatamente pensarse que de la misma forma que quien se hospeda en un hotel precisa de un servicio de custodia, ligado al alojamiento, también lo necesita quien ingresa en una clínica o acude a unas instalaciones deportivas. Tiene sentido, entonces,

Por lo que respecta al artículo 1783, éste regula las siguientes cuestiones:

a) **Ámbito de aplicación objetivo.**

Constituye el objeto de los presentes artículos establecer el régimen de responsabilidad del hostelero por la pérdida de los efectos introducidos por el huésped en el establecimiento. Como ya se apuntaba en epígrafes anteriores, las dificultades probatorias que para el cliente presenta el hecho que desencadena la responsabilidad, hacen necesario un tratamiento específico capaz de poner fin a la inseguridad jurídica que imperaría en caso de vacío legal. Es por ello necesario dedicar concretos artículos a regular tal cuestión. A ello se añade que hace falta una intervención legislativa si el propósito es instaurar un régimen de responsabilidad objetiva.

Como se puede observar, el precepto que proponemos -1783.1- configura un régimen de responsabilidad que presenta ciertas singularidades: en primer lugar, la pérdida o el deterioro tienen que tener lugar o bien durante la vigencia del contrato⁴⁹⁶ o bien cuando el sujeto está en el ámbito de actuación del hostelero por razón del hospedaje⁴⁹⁷, no siendo imprescindible que se produzcan en el establecimiento hotelero. Lo realmente importante es que la pérdida o el deterioro se produzcan en el ámbito de actuación del hostelero. Así, la responsabilidad debe extenderse también a aquellas sustracciones que tienen lugar, por ejemplo, en un vehículo que el hotel pone a disposición del cliente para llegar al mismo, considerando que el deber de custodia no nace necesariamente cuando el cliente llega físicamente al establecimiento⁴⁹⁸; en segundo lugar, la obligación de indemnizar no se extiende a los vehículos ni a las cosas depositadas en los mismos. En este sentido, al igual que sucede en la mayoría de los

extender el deber de custodia, y la responsabilidad por su incumplimiento, a casos en los que no hay un servicio de alojamiento pero sí una necesidad objetivamente apreciada de un servicio de custodia de enseres personales por virtud de la prestación de cualquier otro servicio prestado por profesionales; sin embargo, creemos que incluir legalmente un precepto encaminado a extender el régimen de responsabilidad propuesto también a tales casos requiere un estudio pormenorizado de las condiciones de los establecimientos a los cuales se extendería este régimen de responsabilidad; ello, unido a que se ha tratado de dar solución a problemas muy característicos del contrato de hospedaje, nos lleva a considerar más sensato no incluir ningún artículo al respecto.

⁴⁹⁶ El contrato de hospedaje no finaliza cuando el cliente abandona la habitación; en tales casos, habrá finalizado el servicio de alojamiento, pero no el contrato de hospedaje como tal.

⁴⁹⁷ Se trata de abarcar también aquellos supuestos en los que, por ejemplo, el viajero se halla inspeccionando la habitación o las instalaciones del hotel.

⁴⁹⁸ Se debe matizar que en estos supuestos el hotel responderá siempre y cuando los efectos estén siendo directamente custodiados por el establecimiento. Así, por ejemplo, no podrá extenderse la responsabilidad a aquellos casos en los que el cliente deja olvidada alguna de sus pertenencias en el vehículo que lo condujo al hotel.

países de nuestro entorno⁴⁹⁹, los vehículos no deben ser considerados objetos a los efectos de los preceptos que regulan la responsabilidad del hostelero, debido principalmente a que presentan unas características que difieren notablemente de los demás objetos que el huésped puede portar consigo; si a ello añadimos que no es razonable atribuir al hotel la obligación legal de custodiar los vehículos de los clientes⁵⁰⁰ y que existe una ley en España reguladora del contrato de aparcamiento (ley 40/2002 de 14 de noviembre), se estima procedente la aplicación de la ley citada. Así las cosas, la problemática de los vehículos es distinta, sin perjuicio de que coincida en ser una responsabilidad cuyo régimen encuentra similitudes con el que se contiene en los preceptos propuestos. Por último, conforme a la buena fe -lo que excluye la necesidad de incluir su referencia en el precepto analizado-, debemos entender que de todos los objetos que el hostelero rechaza por causa justificada⁵⁰¹ -como pueden ser armas o sustancias peligrosas-, no debe éste responder, pues de lo contrario se le estaría atribuyendo un riesgo que no tiene por qué soportar.

Dicho esto, los preceptos propuestos serán los encargados de regular el régimen de responsabilidad del hostelero por la pérdida de los efectos introducidos por el huésped en el establecimiento, no extendiéndose la aplicación de dicho régimen, por las razones expuestas, ni a los vehículos de los clientes, ni a las cosas depositadas en los mismos, ni tampoco a todos aquellos objetos que por causa justificada rechaza el hostelero. Por la pérdida o el deterioro de todos los demás objetos -siempre que se den los presupuestos-, responde el hostelero conforme a lo dispuesto en estos artículos, cuya finalidad, insistimos, se centra en intentar dar soluciones equilibradas ante las dificultades probatorias con las que se encontrará el huésped a la hora de exigir responsabilidad.

b) Ámbito de aplicación subjetivo.

⁴⁹⁹ § 701.4 BGB y 1785-quinquies del *Codice Civile*, entre otros.

⁵⁰⁰ Los vehículos no son efectos que el cliente tenga que portar necesariamente consigo.

⁵⁰¹ El hostelero solamente quedará exonerado de responsabilidad si efectivamente rechaza la custodia de los objetos del huésped por causa justificada, ya que tiene la obligación legal de custodiar los efectos de los clientes. Así, también estaremos en presencia de una causa justificada, por ejemplo, si el cliente pretende depositar en un establecimiento de categoría inferior un objeto valorado en una suma de dinero muy elevada. ¿Y qué sucedería en aquellos casos en los que el hostelero rechaza la custodia directa de objetos sin una causa que justifique su decisión, amparándose, por ejemplo, en la existencia de una caja de seguridad en la habitación del huésped? Sin necesidad de incluir tal hipótesis en el precepto, creemos que en estos casos la solución más idónea es la que se sostiene, entre otros, en el *Codice Civile*: no limitar la responsabilidad del fondista en caso de pérdida o deterioro de los efectos; sin embargo, creemos que se llega a la misma conclusión por aplicación de las reglas generales.

El segundo párrafo del artículo 1783 establece el ámbito de aplicación subjetivo. En él se señala que los presentes preceptos serán de aplicación a todas aquellas personas que tengan la consideración de huéspedes, entendiéndose por tales tanto quienes se hallen en el establecimiento por razón del contrato de hospedaje como quienes habiendo celebrado el contrato tengan un interés legítimo en la recuperación de los objetos.

¿Qué se pretende con este precepto?: en primer lugar, no establecer diferencias dependiendo de que el huésped actúe en un ámbito profesional o personal. Como ya se ha señalado, ¿qué sentido tiene atribuir un trato más favorable a quien se hospeda en el hotel por razones que nada tienen que ver con su actividad profesional o empresarial cuando el problema que se plantea es la pérdida de objetos que llevaba consigo? Este huésped no está más desprotegido frente al hostelero de lo que lo está el que ha perdido los objetos durante la utilización de los servicios de hospedaje con ocasión de una actividad empresarial o profesional. Es por ello por lo que creemos oportuno establecer un concepto amplio de huésped, en el que se engloben ambas situaciones.

En segundo lugar, no considerar huésped a aquel que no se encuentra en el hotel por razón del hospedaje, no estando configurado el régimen de responsabilidad propuesto para responder por la pérdida de los efectos de aquellos sujetos que se encuentran en el hotel por otras razones, como ocurre en el caso de las visitas del huésped.

Por tanto, el objetivo perseguido con la presente redacción obedece a una finalidad doble: por una parte, extender el ámbito de aplicación de los preceptos a todo tipo de huéspedes, con independencia de que se hospeden en el hotel por razones profesionales o personales; por otro lado, no aplicar las reglas propuestas a quienes se encuentran en el establecimiento por motivos ajenos al hospedaje.

Ahora bien, como señala el artículo, consideramos necesario ampliar el concepto de huésped también a aquellos sujetos que, aun no disfrutando de los servicios prestados, han contratado el hospedaje y, además, tienen un interés legítimo en la recuperación de los objetos, bien porque son los propietarios de los mismos o bien porque los poseen en concepto de otro título jurídico. Así, parece lógico que si un cliente se encuentra en el hotel por motivos profesionales, habiendo celebrado el contrato la entidad para la que trabaja, y lo sustraído es material de la empresa, pueda ésta reclamar por el objeto en cuestión.

c) Régimen de responsabilidad del hostelero por el equipaje depositado por el cliente.

Son numerosos los casos en los que el cliente deposita su equipaje con el fin de que éste sea custodiado. Pese a haber finalizado el servicio de habitación, o no habiendo éste comenzado, el hotel está obligado a prestar el servicio de guarda y custodia del equipaje del cliente, al menos por un tiempo razonable⁵⁰². Por esta razón, creemos conveniente dedicar el art. 1783.3 a regular cómo funciona el régimen de responsabilidad del hostelero en tales supuestos.

A nuestro parecer, el principal problema estriba en probar por parte del huésped el contenido del equipaje depositado. Por tanto, el objetivo consiste en idear un sistema de responsabilidad en el que se equilibren las necesidades de ambas partes del contrato: por un lado, la norma no puede hacer recaer sobre el hotel indiscriminadamente una responsabilidad basada únicamente en la declaración del huésped, quien puede atribuir al equipaje depositado mayor valor que el que realmente posee; por otra parte, también resulta ilógico que el huésped deba hacer un inventario completo de los efectos que contiene su equipaje, puesto que si bien es cierto que tal requisito constituiría un medio de prueba irrefutable, no menos cierto es que se trata de una exigencia desproporcionada para el cliente. Así las cosas, creemos que lo más adecuado es establecer una cantidad determinada por la que el establecimiento responda en caso de pérdida del equipaje depositado en tales circunstancias. No obstante, dicha cantidad no debe ser fijada por el establecimiento hotelero arbitrariamente, sino que debe atender a criterios objetivos. Así, estos criterios deben ser dos: en primer lugar, el peso del equipaje -cuanto más pese el equipaje mayor será la indemnización- y, en segundo lugar, la categoría del hotel, con el fin de que un hotel de categoría inferior no tenga que responder por cantidades desorbitadas.

Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de los pactos que puedan establecerse por las partes para el caso de que el huésped atribuya a su equipaje un valor superior.

d) Régimen de responsabilidad del hostelero por los objetos depositados por los huéspedes.

⁵⁰² En aquellos otros casos en los que el cliente solicita al establecimiento hotelero la custodia del equipaje por un tiempo que excede del que se entiende por razonable, estimamos que no serán de aplicación los artículos expuestos, debido a que el depósito ya no se estaría llevando a cabo por razón del hospedaje.

En el apartado cuarto del artículo 1783 se atribuye responsabilidad al hotel por el valor de los objetos depositados por el huésped en las cajas fuertes directamente controladas por el empresario.

Se trata este del caso que menos problemas puede plantear en la práctica, debido principalmente a la ausencia de dificultad probatoria, ya que estamos ante un supuesto de custodia directa, donde realmente la guarda puede desempeñarse de manera efectiva por el establecimiento, lo que conducirá asimismo a no establecer ningún límite cuantitativo a la responsabilidad del hostelero.

Por tanto, este precepto regula un supuesto que presenta fácil solución: en todos aquellos casos en los que el huésped entregue al establecimiento determinados objetos para su custodia, aquél deberá responder del valor de los mismos, no siendo necesario limitar la responsabilidad del hostelero a una cantidad determinada, puesto que las razones para establecer un límite a la responsabilidad del hostelero en determinados supuestos están íntimamente relacionadas tanto con problemas probatorios como con la imposibilidad de llevar a cabo una custodia efectiva en tales casos, cuestiones estas que no acontecen cuando los objetos son custodiados directamente por el hotel⁵⁰³.

e) Régimen de responsabilidad del hostelero por los objetos introducidos en la caja de seguridad de la habitación.

El art. 1783. 5 está dedicado a configurar el régimen de responsabilidad del hostelero en aquellos supuestos en los que el huésped deposita sus objetos en la caja fuerte de la habitación contratada⁵⁰⁴. En estos casos, como veremos seguidamente, los problemas probatorios dificultan considerablemente la composición de un régimen de responsabilidad que satisfaga los intereses de las partes contratantes de modo equilibrado. Veamos por qué.

Mientras que cuando el huésped deposita su equipaje en lugar indicado por el establecimiento existe prueba de la existencia de dicho equipaje -y aunque no se pueda

⁵⁰³ En la práctica, el régimen de responsabilidad propuesto favorece la custodia directa de los objetos de valor, debido a que la responsabilidad en estos casos es ilimitada.

⁵⁰⁴ En ocasiones, algunos establecimientos ofrecen el servicio de cajas de seguridad que no están instaladas en las habitaciones, sino en zonas comunes, siendo el huésped el que introduce en ellas sus pertenencias y sin que exista entrega de los objetos al empresario. A nuestro parecer, las soluciones adoptadas para el supuesto que ahora analizamos pueden servir igualmente para tales casos.

probar su contenido exacto⁵⁰⁵ se sobreentiende que está cargado de objetos-, el problema que se presenta en el caso de efectos depositados en la caja fuerte de la habitación es todavía mayor, al resultar muy difícil probar la existencia misma de tales efectos. De este modo, ¿cómo puede probar el huésped que esos objetos efectivamente existen? Es por ello, por esta *imposibilidad* probatoria, por lo que resultará necesario, a efectos de prueba, declarar, previamente a la utilización de la caja fuerte que se encuentra en la habitación, los objetos que van a ser introducidos en la misma, con el único fin de no configurar un régimen de responsabilidad basado exclusivamente en la declaración posterior del cliente⁵⁰⁶.

Aclarado lo anterior, se nos plantea otra problemática de envergadura: en aquellos casos en los que los objetos han sido depositados en la caja fuerte de la habitación -y ha sido probada la existencia de tales objetos-, ¿la responsabilidad del hostelero debe ser ilimitada, como cuando son entregados para su custodia directa, o al no poder ser efectivamente custodiados por el hostelero se debe establecer un límite a su responsabilidad, como suele establecerse en el Derecho comparado? A nuestro parecer, en principio, ofrecer al cliente un dispositivo sustitutivo del central, esto es, la caja de seguridad individual, no puede servir para limitar la responsabilidad del hotel con el argumento de que los objetos no están siendo efectivamente custodiados por el hostelero, siempre y cuando los huéspedes hayan demostrado la existencia de los efectos depositados así como que la caja fuerte ha sido manipulada o forzada. Ahora bien, al no poder el cliente demostrar que en el momento en el que la caja de seguridad fue manipulada o forzada se encontraban en su interior los objetos cuya indemnización reclama, y que fueron previamente declarados, sería razonable establecer que el régimen de responsabilidad del hostelero se activa con la única prueba de la existencia de aquéllos, siendo justo por este motivo señalar una cantidad máxima por la que el hotel

⁵⁰⁵ De ahí que se establezca un límite máximo a la responsabilidad del hostelero en tales casos.

⁵⁰⁶ Mientras que la existencia de los objetos puede ser probada con una declaración previa del cliente, mediante, por ejemplo, el formulario que se proporcione a tal efecto, mayor problema presenta la prueba de la efectiva introducción de los objetos en la caja fuerte. Como comprobaremos en el comentario del siguiente apartado, el hostelero no responde por los objetos de valor no depositados en caja fuerte; sin embargo ¿cómo puede probar el cliente que efectivamente introdujo sus objetos de valor en la caja fuerte de la habitación? En estos casos, debido a la dificultad probatoria -y sin ánimo de configurar un régimen de responsabilidad en el que el hostelero quede siempre exonerado debido a ella-, somos partidarios de exigir al huésped únicamente la prueba de la existencia de los objetos. De este modo, si el cliente los ha declarado previamente, será el establecimiento el que tiene que demostrar, para quedar exonerado de responsabilidad que, a pesar de tratarse de objetos de valor, éstos no fueron introducidos en la caja de seguridad.

responde, y que deberá ser fijada reglamentariamente, teniendo en cuenta diversos factores, entre ellos la categoría del hotel.

En conclusión, en todos aquellos casos en los que la habitación del hotel cuente con una caja de seguridad individual, como uno más de los servicios que el establecimiento pone a disposición del huésped, éste tendrá que declarar los efectos que introduzca en la misma, a fin de poder probar la existencia de tales objetos en caso de querer exigir responsabilidad al hotel por la pérdida de los mismos. No obstante, en aquellos otros supuestos, aunque muy infrecuentes en la práctica, en los que el huésped cuente con un medio de prueba de la existencia de los objetos, podrá asimismo exigir responsabilidad conforme al precepto analizado, configurándose el deber de declarar los objetos que introduce en la caja de seguridad de la habitación únicamente a efectos de prueba.

Sin embargo, esto nos lleva asimismo a preguntarnos cuál es la utilidad práctica de las cajas de seguridad de las habitaciones, si igualmente el huésped se ve obligado a declarar la existencia de los objetos que deposita en las mismas. A nuestro entender, la utilidad práctica se halla únicamente en proporcionar al cliente mayor comodidad, al poder disponer de los objetos de forma inmediata, pero en ningún caso podrá servir su uso como medio para exigir responsabilidad al establecimiento hotelero por la pérdida

de efectos no declarados, de los cuales no se pueda probar ni tan siquiera su existencia⁵⁰⁷.

f) Régimen de responsabilidad del hostelero por los objetos meramente introducidos.

Por último, también podrá el huésped exigir responsabilidad al hostelero por el valor de los objetos meramente introducidos⁵⁰⁸ en las habitaciones, aunque no se encuentren éstos depositados en la caja fuerte; ahora bien, no será posible en estos casos exigir responsabilidad al hotel si se trata de objetos que, dadas sus características, debieran haber sido depositados para su custodia, bien en la caja de seguridad de la habitación, bien en la caja fuerte central. Varias puntualizaciones son necesarias para comprender correctamente el significado de este sexto apartado.

⁵⁰⁷ Mientras que según nuestro criterio hacer declaración de los objetos depositados en la caja fuerte de la habitación es la mejor forma de probar la existencia de tales efectos y, por tanto, poder exigir responsabilidad al hotel, distintas soluciones se alcanzan en el contrato de cajas de seguridad entre la entidad bancaria y el cliente, en el que la dificultad de la prueba de los daños representa igualmente un gran problema para éste último. Las alternativas que ofrece la doctrina y la jurisprudencia en estos casos son las siguientes: en primer lugar, condenar al banco a indemnizar por la cantidad máxima que, según el contrato, respondería. Esta cantidad máxima, por otra parte, suele estar cubierta por un seguro. Así, entre otras, la STS de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004\7216); en segundo lugar, aplicar analógicamente el art. 1769.3 C.c., sobre el depósito cerrado. De este modo, por analogía, debiera presumirse la veracidad de la declaración de un cliente sobre el valor de los objetos que estaban en la caja de seguridad abierta sin su consentimiento, por negligencia del banco; en tercer lugar, se propone asimismo una solución intermedia, cual es interpretar estrictamente el artículo 1769 C.c., entendiéndose que solamente si los daños han sido directamente producidos por el banco, o interviniendo dolo por su parte, podría presumirse la veracidad de la declaración del cliente; por último, también se ha sugerido, como posible solución al problema que nos ocupa, la aplicación analógica del art. 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, según el cual incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos dañados; sin embargo, el contenido de la póliza constituirá una presunción a su favor cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces. QUICIOS MOLINA, S.: “Contratos de prestación...”, págs. 3001 y ss. No obstante, «en realidad, la única prueba directa y fehaciente del contenido de la caja de seguridad, cuando se produjo el daño en el interior de la misma, sería que el cliente realizase todas y cada una de las entradas en la cámara acorazada con la presencia de un notario, que daría fe de todo aquello que el cliente (...) extrae e introduce en la caja de seguridad». HUERTA VIESCA, M.I.: *La responsabilidad bancaria...*, pág. 407. Sin embargo, lo que nos conduce a no adoptar ninguna de las soluciones planteadas para el contrato de cajas de seguridad es muy sencillo: en nuestro caso no juega contra el perjudicado el secreto que pretende obtener con el servicio de cajas de seguridad, constituyendo parte de la esencia del contrato de cajas de seguridad el desconocimiento del valor de lo depositado por la entidad bancaria. De este modo, «la dificultad probatoria ante la que se ve el usuario de la caja en el momento en que pretende la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento bancario del contrato de caja de seguridad, no es sino el contrapunto al beneficio que el secreto del contenido de la caja le supone». HUERTA VIESCA, M.I.: *La responsabilidad bancaria...*, págs. 402 y 403. Por tanto, mientras que en el contrato analizado resulta contrario a la esencia del mismo exigir al cliente poner en conocimiento del banco la existencia de los objetos que van a ser depositados en la caja fuerte, esto no es así en el contrato de hospedaje, constituyendo la declaración de los objetos introducidos en la caja fuerte de la habitación la prueba más fehaciente de su existencia.

⁵⁰⁸ Entendemos por objetos *meramente introducidos* aquellos que no debe declarar el huésped porque no presentan un especial valor.

En primer lugar, se debe señalar que, como se ha dicho, solamente es posible exigir responsabilidad conforme al art. 1783.6 si se trata de objetos que no sea razonable exigir que se depositen en caja fuerte; de lo contrario, resulta injustificado hacer responsable al hotel por aquellos efectos que aun habiendo sido declarados por su especial valor, se demuestra que no han sido depositados en la caja de seguridad⁵⁰⁹, sino meramente introducidos en la habitación⁵¹⁰.

Dicho esto, volvemos a encontrarnos en estos casos con la dificultad que tiene para el cliente probar la existencia de efectos que han sido meramente introducidos; ello, sumado a que no tiene sentido, dada la naturaleza del hospedaje, exigir al huésped un inventario completo de sus bienes -puesto que supone una carga excesiva para el cliente tener que declarar cada uno de los objetos de uso cotidiano que lleva consigo-, convierte a este problema probatorio en insalvable. Sin embargo, y dado que al propio establecimiento le conviene proporcionar al huésped la confianza de que sus efectos están seguros en el hotel, creemos oportuno en estos casos no establecer una prueba rígida de la existencia de los objetos, pudiendo estar a la declaración del cliente, siempre que resulte veraz, y dando validez a la prueba por testigos. De lo contrario, la responsabilidad sería más teórica que real, lo que iría en perjuicio de ambas partes contratantes.

No obstante, dadas las circunstancias que se plantean en este supuesto, resulta lógico limitar reglamentariamente la responsabilidad del hostelero, quien no solamente no podrá custodiar los objetos de manera efectiva, sino que además se trata de casos en los que es prácticamente imposible que el huésped pruebe rigurosamente la existencia e introducción de sus bienes⁵¹¹.

g) Régimen de exoneración de la responsabilidad del hostelero.

⁵⁰⁹ Como hemos establecido anteriormente, si se trata de objetos de valor previamente declarados por el huésped, correspondería al establecimiento hotelero probar que no han sido efectivamente introducidos en la caja fuerte de la habitación.

⁵¹⁰ Nos preguntamos qué ocurre en aquellos casos, aunque hipotéticos, en los que el establecimiento hotelero no informa al cliente de la necesidad de declarar y depositar en caja fuerte los objetos que presentan un especial valor. Como decimos, en la práctica es inusual la falta de advertencia; no obstante, pese a ella, el comportamiento diligente del huésped debe llevarlo a custodiar de forma segura los objetos que presenten un especial valor. De este modo, en caso de que la ausencia de información vaya acompañada de la negligencia por parte del cliente de no depositar tales objetos en la caja fuerte, se moderará la responsabilidad del hostelero.

⁵¹¹ Debemos hacer constar que parece justo que la cantidad que se fije reglamentariamente como cantidad máxima debe ser mayor cuando se trata de objetos depositados en la caja fuerte de la habitación que objetos meramente introducidos.

El último apartado del artículo 1783 está destinado a configurar las causas por las cuales el hotel quedará exonerado de responsabilidad. A tal fin se mencionan la culpa del huésped -o de sus acompañantes o visitantes-, la fuerza mayor y el vicio propio de la cosa como causas exoneratorias.

Ante todo, hemos de poner de manifiesto que se ha considerado apropiado dedicar un apartado concreto a la exposición de tales causas, ya que, según nuestro criterio, estas causas de exoneración pueden servir para eximir de responsabilidad al establecimiento en cualquiera de los cuatro supuestos analizados, es decir, tanto si la responsabilidad nace como consecuencia de la pérdida del equipaje depositado para su custodia una vez finalizado el alojamiento⁵¹², de la pérdida de objetos depositados para su custodia⁵¹³, de la pérdida de objetos depositados en la caja de seguridad de la habitación⁵¹⁴ o bien por la pérdida de objetos meramente introducidos en la habitación⁵¹⁵. A ello se añade que resulta asimismo necesario mencionar expresamente tales causas para evitar la aplicación de las reglas generales de responsabilidad, instaurándose de este modo un régimen de responsabilidad objetiva, en el que el hostelero responde aun sin culpa.

Aclarado lo anterior, conviene señalar varias cuestiones: en primer lugar, con respecto al concepto de fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad del hostelero, entenderemos por tal el que aparece en el art. 1105 del C.c. Así, «nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»⁵¹⁶, diferenciándolo, al abogar por un régimen de responsabilidad objetiva, del caso fortuito, del cual sí responde el hostelero. Ahora bien, creemos

⁵¹² En tales casos, puede existir culpa del huésped si, por ejemplo, no deposita su equipaje correctamente cerrado o no sigue las indicaciones que el establecimiento le da para una efectiva custodia del mismo.

⁵¹³ También en aquellos casos en los que el cliente deposita sus objetos de valor en la caja fuerte central puede existir culpa del huésped, lo cual tendrá lugar cuando no informa al establecimiento de determinadas características que son imprescindibles para garantizar una efectiva custodia del objeto en cuestión.

⁵¹⁴ Se aprecia culpa del huésped en aquellos casos en los que ha introducido los efectos en la caja fuerte de la habitación si, por ejemplo, no la ha cerrado correctamente o ha hecho caso omiso de las instrucciones que el hotel pone a su disposición para la correcta utilización de la caja.

⁵¹⁵ Si se trata de la pérdida de objetos que han sido meramente introducidos, aunque no se le puede exigir al huésped depositarlos en la caja de seguridad, será éste negligente si deja la puerta de su habitación abierta.

⁵¹⁶ Más actual resulta el que se desprende del art. 1209 PMCC, según el cual «no será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control. 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias».

necesario suprimir la referencia que el actual art. 1784 C.c. hace al robo a mano armada como supuesto de fuerza mayor, ya que, aunque es cierto que el robo a mano armada suele traer consigo unas connotaciones que, en principio, podrían servir de base para considerarlo un suceso imprevisible e inevitable, esto no tiene por qué ser siempre así. De este modo, creemos que el robo a mano armada «perderá esa virtualidad exoneratoria si excepcionalmente es imputable a la falta de previsión/medidas de seguridad exigibles al hostelero»⁵¹⁷.

En segundo lugar, con respecto a la culpa del huésped -o de sus acompañantes o visitantes-, como segunda causa exoneratoria, se ha de matizar que sólo eximirá completamente de responsabilidad al hotel si estamos ante un supuesto de culpa exclusiva. De no ser así, habrá responsabilidad del hostelero, aunque habrá de moderarse en atención a la negligencia del perjudicado.

Por último, y aunque tiene poca virtualidad práctica, también debemos considerar que el hostelero queda exonerado de responsabilidad si la cosa se pierde o sufre menoscabo por vicio propio.

Analizados todos los apartados que componen el art. 1783, pasamos seguidamente al estudio del artículo 1784, el cual está dedicado a regular un caso concreto en el que se introduce un requisito particular para el ejercicio de la pretensión indemnizatoria por parte del huésped, así como a determinar cuál es el plazo de prescripción para exigir responsabilidad al establecimiento hotelero por la pérdida de los objetos del cliente.

a) Requisito especial para el ejercicio de la pretensión indemnizatoria.

El primer apartado del art. 1784 exige, para hacer efectiva la responsabilidad del establecimiento hotelero, un requisito adicional: el hostelero deberá ser avisado por el huésped, sin demora⁵¹⁸, después de tener éste conocimiento de la pérdida o deterioro de sus objetos, salvo que la pérdida o el deterioro hayan sido causados interviniendo dolo del hostelero o de sus empleados, en cuyo caso la responsabilidad podrá ser exigida aun sin cumplirse dicho presupuesto.

⁵¹⁷ JORDANO FRAGA, F.: “Comentario a la sentencia...”, pág. 368.

⁵¹⁸ No creemos necesario establecer un periodo de tiempo determinado. La expresión *sin demora* deja al criterio del juez evaluar las circunstancias de cada caso concreto.

Basándonos en lo establecido en el §703 BGB y en el art. 1785-ter del *Codice Civile*, se estima conveniente la exoneración de responsabilidad en todos aquellos casos en los que el cliente no informa al establecimiento de la pérdida o deterioro de los objetos de forma inmediata; así, hemos considerado que, dadas las importantes consecuencias que tendría omitir el hecho de la pérdida o del deterioro, es menester dedicar un apartado del art. 1784 a regular tal cuestión.

Como venimos diciendo, la razón de ser del precepto es clara: eximir de responsabilidad al hostelero en aquellos casos en los que el huésped no ponga en conocimiento del hotel la pérdida del objeto, en tiempo razonable⁵¹⁹.

b) Plazo de prescripción.

Finalmente, el segundo apartado del art. 1784 está dedicado a fijar el plazo de prescripción de la acción para exigir responsabilidad por la pérdida o deterioro de efectos introducidos en el hotel. A tal fin, señala el precepto que dicha acción prescribe al año de haber finalizado el contrato de hospedaje, y ello, con total independencia del momento en el que el huésped tenga conocimiento de la pérdida o del deterioro⁵²⁰. Con la imposición de este breve plazo de tiempo se pretende no crear situaciones de incertidumbre sobre si finalmente llegará a exigirse alguna vez la responsabilidad, lo cual genera inseguridad en el tráfico jurídico⁵²¹.

⁵¹⁹ No obstante, tal y como señala la doctrina italiana en los comentarios al art. 1785-ter *Codice Civile*, la ratio de la norma induce a creer que si el hostelero hubiese tenido por cualquier otro medio noticia del daño, no podría alegar el incumplimiento de la carga de la queja del cliente para exonerarse de responsabilidad. (Por todos, CAMPIONE, R.: “Il contratto di...”, pág. 514).

⁵²⁰ Se ha optado por establecer un plazo de prescripción que en todo caso se agota un año después de haber finalizado el contrato hospedaje, con independencia del momento en el que el cliente tiene conocimiento de la pérdida, porque solamente así se garantiza una efectiva seguridad jurídica; de lo contrario, sería imposible probar el momento exacto en el que el cliente descubrió la pérdida del objeto, teniendo que estar a su declaración, lo que implica atribuirle el derecho a exigir responsabilidad *eternamente*.

⁵²¹ El plazo general de la acción de responsabilidad contractual, que es de 15 años según el art. 1964 C.c., es excesivamente largo en general y muy particularmente para el supuesto que se trata.

V. Reflexiones finales.

En síntesis, y una vez justificada la redacción de los preceptos propuestos, creemos que éstos se adaptan mejor que los artículos 1783 y 1784 C.c. a los problemas que hoy en día presenta la responsabilidad del hostelero por los efectos introducidos por los clientes en el establecimiento y que, en buena parte, están relacionados con la dificultad que encuentra el huésped para probar la existencia de los objetos en determinados supuestos, sobre todo cuando no han sido declarados. Además, se intenta configurar un régimen de responsabilidad en el que se equilibren los intereses de las partes y en el que quede perfectamente delimitado tanto el ámbito de aplicación objetivo como subjetivo.

Se debe señalar igualmente que el régimen de responsabilidad propuesto se aproxima más a las soluciones adoptadas por el Derecho comparado que a las establecidas en los actuales artículos 1783 y 1784 del Código Civil español, ya que resulta especialmente grave la interpretación que se ha impuesto en la práctica judicial española, que convierte el sistema español en el menos garantista para el empresario, quien ni responde por una cantidad máxima -dado que no hay una norma que así lo disponga-, ni puede eludir la condena argumentando la falta de una prueba sólida de la pérdida de los objetos, al no haberle comunicado el huésped los efectos que llevaba consigo -pues si bien la ley hace depender de esta comunicación la responsabilidad del empresario, los aplicadores del derecho ignoran dicha exigencia legal-; no obstante, las diferencias entre los preceptos que proponemos y los artículos actualmente vigentes en los países de nuestro entorno son notables. Así, aunque hemos sido partidarios de establecer límites a la responsabilidad del fondista, estos límites los hemos fijado atendiendo a criterios distintos y, en muchas ocasiones, para supuestos diversos a los contemplados en los códigos europeos. A esto se añade que el régimen de responsabilidad propuesto contempla los frecuentes casos en los que los objetos han sido introducidos en las cajas de seguridad de las habitaciones por los huéspedes, favoreciendo la custodia directa de los objetos de valor, debido a que la responsabilidad en estos casos es ilimitada.

También se ha tratado de dar solución a las dificultades probatorias de forma distinta a lo que hasta ahora se ha venido haciendo. El estudio de Derecho comparado permite concluir que las dificultades probatorias se salvan por los distintos

ordenamientos jurídicos de dos maneras distintas: o bien limitando cuantitativamente la responsabilidad o bien exigiendo la declaración de los objetos; sin embargo, al no existir ninguna razón que justifique que se trata de instrumentos excluyentes, lo más coherente es utilizar simultáneamente ambos instrumentos, cuando esto sea posible.

Para terminar, quizá se podría apuntar la conveniencia de que el régimen de responsabilidad del hostelero fuera el mismo en todos los países de la Unión Europea, produciéndose una armonización sobre esta cuestión a través de un Reglamento o Directiva. Adoptar las mismas soluciones al menos en el ámbito de la Unión Europea aportaría la seguridad jurídica de la que se carece si cada uno de los ordenamientos resuelve este problema de manera unilateral, imponiendo soluciones a veces claramente dispares.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO I

1. Siendo el contrato de hospedaje aquel por el cual una de las partes se obliga, a cambio de un precio, a prestar a la otra una serie de servicios de distinta naturaleza que giran en torno a una prestación principal que sería el alojamiento, se debe entender que las partes del contrato son el hostelero y el huésped. El concepto de huésped comprende tanto al sujeto que hace uso de los servicios ofrecidos por el establecimiento, esto es, a quien disfruta del alojamiento, como a quien contrata el hospedaje.

La postura doctrinal consistente en restringir el concepto de huésped a quien disfruta del alojamiento, entraña la dificultad de excluir la legitimación para el ejercicio de determinadas acciones de aquel sujeto que celebró el contrato.

2. Pese a que tanto la doctrina como la jurisprudencia han calificado el contrato de hospedaje como contrato mixto, en el que concurren contratos de diversa índole -arrendamiento de cosa, arrendamiento de servicios y depósito principalmente-, lo cierto es que nos encontramos, en puridad, ante un contrato de servicios. No es dudoso que el depósito es un servicio prestado por el hostelero; con respecto a la entrega de la habitación, pese a la existencia física de la misma, se cede su uso de tal forma que la posesión que se transmite al cliente no es la misma que en un arrendamiento, sino la propia de un contrato de servicios, al ser constantes las intervenciones que el hostelero realiza sobre el espacio cedido.

CAPÍTULO II

3. Como en todos los contratos, la publicidad y la información precontractual integran el contenido del hospedaje; por lo tanto vinculan al hostelero.

El carácter vinculante de la publicidad no sólo opera en aquellos casos en los que el contrato ha llegado efectivamente a celebrarse, como defiende parte de la doctrina, sino que el cliente puede exigir que el contrato de hospedaje se celebre en las condiciones anunciadas en la publicidad, salvo que el empresario haya revocado, siempre que sea revocable, su oferta.

4. Si la publicidad con valor informativo pasa, al igual que la información precontractual, a integrar el contenido del contrato, los medios de tutela que se

activan a favor del huésped en caso de que se incumpla lo contenido en cualquiera de ellas deberán ser los mismos.

5. Aunque los remedios frente al incumplimiento variarán según que el cliente quiera o no mantener el contrato, lo cierto es que estos remedios coinciden con aquellos de los que el huésped dispone si lo incumplido es un deber contractual. Esto es así debido a que, pese a ser la información un deber precontractual, el incumplimiento tiende a materializarse en un momento posterior a la perfección del contrato.
6. Conforme al deber precontractual de información al que viene obligado el hostelero, éste debe poner en conocimiento del huésped todas aquellas particularidades que puedan influir en su voluntad negocial, y ello aunque dicha información no tenga que ver con los servicios que el establecimiento oferta; ahora bien, dicha exigencia sólo será entendible, conforme a los parámetros de la buena fe contractual, en aquellos casos en los que el cliente pregunta expresamente al hotel sobre tales cuestiones.

CAPÍTULO III

7. El empresario tiene un deber de documentar el contrato, es decir, de proporcionar al huésped justificación escrita de la celebración del contrato. Esta conclusión se apoya en el art. 98 RD 1/2007, aplicable tanto al caso en que el huésped sea consumidor como en los demás casos, en virtud del art. 1258 C.c.
8. Este deber de documentación no convierte al hospedaje en un contrato formal, puesto que en rigor solamente estamos frente a contratos formales cuando se sanciona con la nulidad la no observancia de una determinada forma impuesta por la ley.
9. Pese a que una de las finalidades del deber de documentar el contrato es tutelar al huésped de posibles abusos por parte del hostelero, lo cierto es que también este último encuentra beneficios en las exigencias formales impuestas por la ley. Así, el cumplimiento de este deber le permitirá demostrar que el cliente celebró el contrato un determinado día -lo que le puede resultar útil de cara al ejercicio del derecho de desistimiento-, o que contrató determinadas prestaciones accesorias.
10. En caso de que el hostelero incumpla el deber de documentar el contrato, el huésped cuenta con la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria *ex art. 100*

RD 1/2007 y 1124 C.c., ya que, pese a que el incumplimiento de este deber puede no ser calificado como grave, la jurisprudencia cada vez se muestra más flexible a la hora de valorar este requisito.

11. El momento exacto en el que se entiende perfeccionado el contrato de hospedaje variará según se haya éste celebrado de uno u otro modo. Así, la aplicación de unas u otras reglas de perfección, contenidas éstas en el Código Civil, dependerá del medio de comunicación a través del cual el huésped haya decidido contratar.

CAPÍTULO IV

12. El huésped no tiene un derecho de desistimiento legal en virtud de lo dispuesto en el art. 103 l) del RD 1/2007. Ahora bien, la exclusión llevada a cabo por este precepto solamente impide la aplicación de los artículos 102-108 RD 1/2007 al contrato objeto de estudio, pero no significa que el huésped no pueda desistir del contrato de hospedaje por otras vías. El desistimiento convencional -en todos aquellos casos en los que el establecimiento es el que configura el derecho de desistimiento- y el recurso a los usos -a falta de pacto entre las partes sobre el ejercicio del derecho de desistimiento-, se convierten en las alternativas con las que el huésped puede contar en caso de querer desistir de un contrato de hospedaje. Consecuentemente, es válida la cláusula por la cual el hotel excluye expresamente la posibilidad de desistir al cliente.
13. La exclusión realizada por el art. 103 l) RD 1/2007, en el que se señala que el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran al «suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda (...)», no solamente obedece, como afirma la mayor parte de la doctrina, a la necesidad de proteger al empresario, sino que también beneficia al huésped. En primer lugar, éste no se verá sometido a los plazos establecidos por el Texto Refundido, de modo que los clientes que han contratado el hospedaje con bastante tiempo de antelación, no tienen que atenerse al estricto plazo de catorce días naturales para desistir del contrato, plazo que se impone a los consumidores de un servicio no afectado por la exclusión. En segundo lugar, si no existiera la exclusión legal, esto daría lugar a una situación cuanto menos desconcertante, puesto que se presentaría un panorama en el que aquellos que contratan el hospedaje en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional podrían acogerse a los arts. 102 y ss. RD1/2007, en los que se regula

el desistimiento, mientras que aquellos huéspedes que no tienen la condición de consumidor en el sentido del art. 3 RD 1/2007 no podrían hacerlo.

14. Aunque la estructura que presenta el art. 160 RD 1/2007, encargado de regular el derecho de desistimiento en un contrato de viaje combinado, puede llevarnos a pensar que su aplicación es viable para el contrato de hospedaje, no se debe olvidar que el desistimiento es una figura de carácter excepcional, y que para su ejercicio es imprescindible que la ley lo contemple de forma expresa -o bien que las partes lo prevean en el contrato-. Así, en virtud del artículo 4.2 C.c., que prohíbe la aplicación analógica de las normas excepcionales, debemos concluir que jurídicamente no es correcta la aplicación del precepto al contrato que nos ocupa.

CAPÍTULO V

15. Las obligaciones del hostelero reúnen las características propias de las obligaciones de resultado ya que, al no depender su cumplimiento de factores ajenos al establecimiento, todas ellas son jurídicamente exigibles por el huésped. De este modo, el hostelero no cumple alegando un simple actuar diligente, siendo necesario que obtenga los resultados pretendidos por el cliente.
16. La calificación de las obligaciones del hostelero como obligaciones de resultado no es un obstáculo para considerar que el contrato de hospedaje es un contrato de servicios. Hay que entender superada la tradicional identificación entre contrato de servicios y obligaciones de medios, así como entre contrato de obra y obligaciones de resultado. El hospedaje debe acogerse a la evolución conceptual que se ha producido a través de los textos comunitarios.
17. El deber de cuidado de las instalaciones y el deber de respeto a las normas de utilización de los servicios impuestas por el hostelero son verdaderas obligaciones jurídicas y no cargas, como se ha sostenido por una parte de la doctrina.

Tiene la consideración de carga, en cambio, el deber del huésped de colaborar al cumplimiento del prestador de los servicios. La razón de ello es que estas conductas de colaboración no son exigibles por el empresario (no son verdaderos derechos de crédito) y que su no realización no da lugar a los remedios del incumplimiento, sino que provocan un efecto distinto: que no haya para el empresario responsabilidad por incumplimiento contractual.

18. Al ser el hospedaje un contrato sometido a término esencial, el incumplimiento del deber de entregar al huésped la habitación en el momento pactado, es causa inmediata de resolución del contrato. Bastará para resolver el contrato la mera declaración del cliente.
19. La gravedad del incumplimiento resolutorio ha de valorarse con arreglo a criterios subjetivos, debiendo entenderse que este requisito concurre por el mero hecho de que el cliente haga valer su facultad resolutoria ante una determinada falta de conformidad de la habitación o de los servicios ofertados por el hotel.
20. La reducción del precio es el remedio más adecuado en los casos en los que haya una falta de conformidad –no grave- referida a la habitación o a los servicios. Esto es claro en los casos en los que el servicio esté incluido en el precio de la habitación, y algo más dudoso cuando el servicio se paga de forma independiente.
21. Al tener efecto meramente suspensivo y habida cuenta de que el pago del precio se efectúa, bien anticipadamente, bien al finalizar el huésped su estancia, la *exceptio non adimpleti contractus* se muestra como un remedio inútil para el cliente ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales del empresario.
22. Los medios de tutela que se activan a favor del huésped en caso de que el establecimiento incumpla sus obligaciones variarán según las características de la obligación incumplida por el hotel; sin embargo, pese a que el Derecho positivo ofrece suficientes instrumentos de los que puede servirse el cliente que ve frustradas sus legítimas expectativas, es importante poner de manifiesto que en el contrato de hospedaje resulta muy poco probable que el huésped acuda a los Tribunales para solucionar el conflicto, constituyendo la vía más frecuente el ejercicio de los remedios de forma extrajudicial.
23. Pese a que la resolución contractual, la reducción del precio, la pretensión de cumplimiento o la indemnización por daños y perjuicios son los remedios frente al incumplimiento que los textos legales ponen a disposición del huésped, en la práctica resulta muy común que el establecimiento ofrezca al cliente, en caso de que se produzca un incumplimiento, determinadas prestaciones de forma gratuita o el disfrute de noches de hotel sin coste económico; ahora bien, será el huésped quien podrá elegir entre aceptar dichas ofertas o hacer uso de los remedios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición.

CAPÍTULO VI

24. Considerar depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en los hoteles nos parece desacertado. Aunque en virtud del art. 1781 C.c. por depósito necesario se entiende «el que se hace en cumplimiento de una obligación legal», y es claro que el establecimiento hotelero tiene, por imperativo de los arts. 1783 y 1784 C.c., la obligación de custodiar los efectos de sus clientes, lo cierto es que cuando se trata de objetos meramente introducidos ni tan siquiera hay entrega, siendo ésta requisito indispensable del contrato de depósito.
25. La responsabilidad establecida en los artículos 1783 y 1784 C.c. tiene que ser entendida como objetiva por varias razones: en primer lugar porque el empresario hostelero no cuenta con los medios razonables para poder cumplir el exigente canon de diligencia al que debe estar sometido, siéndole imposible controlar unos efectos que quedan en poder del propio viajero y que forman parte de la intimidad del mismo; y en segundo lugar porque la responsabilidad se extiende a los actos cometidos por extraños y a los casos fortuitos. A esto se añade que desde el punto de vista de la eficiencia económica, el hecho de considerar que la responsabilidad del hostelero es una responsabilidad objetiva, derivada simplemente del hecho de ser titular de un establecimiento hotelero, conlleva que aquél probablemente contrate un seguro de responsabilidad civil, considerándolo un coste de producción más y repercutiéndolo en el precio final del servicio, de manera que el coste de la prima sea distribuida entre los huéspedes que se alojen en su establecimiento.
26. La responsabilidad del hostelero es una responsabilidad contractual tanto en los casos de custodia directa como en los supuestos de custodia indirecta. Mientras que lo primero es indiscutible en virtud del contrato de depósito llevado a cabo por las partes, el carácter contractual de la responsabilidad es incuestionable asimismo cuando no existe entrega de los efectos. Así, en estos casos, bastará la existencia de un contrato de hospedaje para justificar la aplicación de las reglas de responsabilidad contractual contenidas en los arts. 1783 y 1784 C.c.
27. El carácter contractual de la responsabilidad del hotelero no representa un obstáculo para afirmar asimismo que estamos ante una responsabilidad *ex lege*, que tiene como principal finalidad evitar los inconvenientes que se derivarían de

la aplicación de las normas del depósito (en los casos de custodia directa) o de la aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad contractual (en los casos de custodia indirecta).

28. Los artículos 1783 y 1784 C.c. no tienen naturaleza imperativa. De existir una verdadera negociación entre las partes, serían válidos los pactos que exoneran o limitan la responsabilidad del hostelero en caso de pérdida o sustracción de los efectos, máxime si se tiene en cuenta que dicho acuerdo resultaría beneficioso para el propio huésped si fuese acompañado de una rebaja en el precio.
29. Pese a que un sector doctrinal entiende que el ámbito de aplicación de los arts. 1783 y 1784 C.c. abarca solamente los casos de custodia indirecta, según nuestro criterio, si atendemos a la literalidad del art. 1783 C.c., los preceptos deben ser aplicados a ambos casos, esto es, tanto a los casos de custodia directa como indirecta, entendiendo que el término “introducidos” al que alude el precepto señalado comprende también aquello que ha sido entregado para su custodia.
30. Aunque el término «efectos» al que hace referencia el art. 1783 C.c. debe ser interpretado en sentido amplio, en él no deben quedar comprendidos los vehículos de los clientes. Mientras que el hotel tiene la obligación legal de custodiar los objetos del huésped -por imperativo de los arts. 1783 y 1784 C.c.-, dicho deber no se extiende a los vehículos, ya que no se trata de objetos que el cliente necesariamente deba portar consigo. Por tanto, en estos casos lo más sensato y lo correcto es aplicar el régimen de responsabilidad contenido en la ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento, puesto que la hipótesis queda comprendida en su ámbito de aplicación y además es una ley de carácter especial.
31. La indemnización por la pérdida o menoscabo de los efectos del huésped puede comprender el daño moral tanto si se ha pactado un servicio de custodia cualificado como si no; ahora bien, estos daños se rigen por las reglas generales de la responsabilidad contractual, esto es, los artículos 1101 C.c. y ss., en vez de por los artículos 1783 y 1784 C.c. Con el fin de garantizar un mayor equilibrio entre las partes, se defiende en estos casos la aplicación de un régimen de responsabilidad basado en la culpa.
32. El requisito de la puesta en conocimiento exigido por el art. 1783 C.c. no puede significar que el huésped tenga un deber de comunicar al hostelero todos y cada uno de los efectos de uso cotidiano introducidos en la habitación, ni tampoco de

los objetos de valor que se introduzcan en la caja de seguridad. Por ello se propugna prescindir de este requisito en tales casos.

33. Pese a que los intentos de parte de la doctrina han ido encaminados a demostrar que el hostelero no puede exonerarse de responsabilidad en aquellos casos en los que, a través de advertencias, informe al cliente que no responde de los objetos de valor que no han sido depositados para su custodia, somos partidarios de defender una postura diversa. Así, es la propia literalidad del art. 1783 C.c. la que nos lleva a afirmar que para que nazca la responsabilidad del hostelero es necesario que el huésped observe las prevenciones que aquél haga sobre cuidado y vigilancia de los efectos, siendo contrario al precepto dictaminar que el hotel responde pese a incumplir el cliente las advertencias que han sido establecidas con el único fin de asegurar la custodia de sus bienes. Se sigue el mismo planteamiento aun cuando la habitación cuente con una caja de seguridad, ya que es razonable entender que el cliente queda advertido a través del anuncio de que, pese a la caja de seguridad de la habitación, la garantía de la protección de sus bienes solamente puede obtenerla entregándoselos al hostelero para su custodia.
34. Aunque el artículo 1784 C.c. solamente haga referencia al robo a mano armada y a la fuerza mayor como causas exoneratorias de responsabilidad, lo cierto es que el hostelero podrá igualmente exonerarse cuando el daño sufrido en los bienes sea consecuencia de la culpa del propio huésped, se deba a un vicio propio de la cosa o el cliente no haya observado correctamente los presupuestos que el artículo 1783 C.c. exige para que surja el deber de indemnizar.
35. La consideración del robo a mano armada como supuesto de fuerza mayor capaz de exonerar de responsabilidad al hostelero en todo caso no nos parece correcta. El hostelero no debe quedar liberado por el simple hecho de la exterioridad de la causa, siendo imprescindible el carácter imprevisible e inevitable de la misma.

CONCLUSIONES FINALES

Mientras que las conclusiones parciales están dedicadas a establecer el régimen jurídico del contrato de hospedaje en el Derecho español, las conclusiones finales abordan los otros objetivos de la tesis: señalar las insuficiencias, dificultades, aciertos y contradicciones de ese régimen jurídico, determinar la necesidad o conveniencia de una

intervención legislativa dirigida a regular los aspectos jurídico-privados del contrato de hospedaje y realizar propuestas concretas de *lege ferenda*.

1. El contrato de alojamiento se presenta como un contrato atípico en el Derecho positivo español, siendo el único aspecto de Derecho privado directamente tratado en las leyes el de la responsabilidad de los hoteleros por los daños sufridos en los efectos de los viajeros, del que se ocupan los arts. 1783 y 1784 del Código Civil, dentro de las normas dedicadas al contrato de depósito, en concreto al llamado depósito necesario.

El análisis realizado en las páginas anteriores nos lleva a concluir que mantener el contrato de hospedaje como atípico es un planteamiento correcto, y ello básicamente por una razón: las intervenciones legislativas en el ámbito contractual deben reducirse lo más posible y la decisión del legislador de regular el contrato sólo estaría justificada si las normas del contrato de servicios (que es la categoría general a la que pertenece), las normas generales de las obligaciones y contratos, y las normas sobre protección de los consumidores, resultaran insuficientes e inadecuadas para resolver las distintas cuestiones que suscita esta relación contractual.

2. Hemos comprobado que el Derecho español cuenta con un marco normativo idóneo al que acudir para dar respuesta a la mayor parte de las cuestiones que se plantean en el ámbito de las relaciones entre el empresario hotelero y el cliente: la fase precontractual y en particular los deberes de información del empresario están hoy suficientemente tratados en el Texto Refundido de la Ley de consumidores; las dudas que pueda plantear la facultad de desistimiento del cliente encuentran respuesta en los usos; por su parte, tampoco el incumplimiento contractual presenta particularidades que justifiquen un tratamiento específico, siendo suficiente acudir a las reglas generales con las oportunas adaptaciones.
3. Sin embargo, existe una cuestión concreta, cual es la responsabilidad del hostelero por la pérdida o deterioro de los objetos de los clientes, que sí merece una regulación específica y distinta a la que actualmente le dan los arts. 1783 y 1784 C.c. En primer lugar, merece una regulación específica porque el régimen general de la responsabilidad por culpa no es adecuado y, además, por las dificultades probatorias que, en ciertos casos, presenta para el cliente el hecho

que desencadena la responsabilidad. En segundo lugar, merece una regulación distinta a la que actualmente le dan los preceptos citados porque dichos artículos se muestran del todo insuficientes para resolver de modo satisfactorio la variada y cambiante problemática que se origina en la práctica, lo que no hace más que aumentar la inseguridad jurídica que impera en lo referente a tal cuestión.

4. El lugar adecuado para la regulación de la responsabilidad del hostelero sigue siendo el Código Civil. Hay razones para descartar que la regulación deba llevarse a una ley especial, a la legislación de consumo o a un futuro Código Mercantil.

Una ley especial no sería adecuada al ser escasos los aspectos que requieren de una regulación específica.

Por su parte, es claro que tampoco la legislación de consumo se presenta como el lugar oportuno, por cuanto que el destinatario de la norma debe ser el huésped, con independencia de que el alojamiento se realice con un propósito privado o profesional. A esto se añade que la finalidad de estas normas es crear un sistema en el que se equilibren los intereses de las partes y no la protección del huésped.

Por último, tampoco es el lugar idóneo el Código Mercantil. Así, aunque la tendencia es otra, no creemos que deban ser considerados mercantiles todos aquellos contratos realizados por un empresario u operador económico en el ejercicio de su actividad empresarial. La lógica que inspira el Código Mercantil es la lógica del mercado y esta lógica no es adecuada para resolver el problema de la responsabilidad del hotelero por los objetos que los huéspedes *pierdan* en sus establecimientos.

5. Dentro del Código Civil, y a fin de respetar la estructura del Código, la solución más factible sería la de crear, dentro del capítulo dedicado al depósito, una nueva sección sobre la responsabilidad de los hosteleros, sección que estaría formada por los artículos 1.783 y 1.784, a los que habría que dar una regulación distinta.
6. Los cambios que se proponen con respecto a la legislación vigente son los siguientes:
 - Configurar un régimen de responsabilidad por la pérdida o deterioro de los objetos de los huéspedes en el que quede perfectamente delimitado el ámbito

de aplicación de los preceptos propuestos, no extendiendo la obligación de indemnizar ni a los vehículos ni a las cosas depositadas en los mismos.

- Configurar un régimen de responsabilidad por la pérdida o deterioro de los efectos de los clientes en el que quede igualmente delimitado el ámbito de aplicación subjetivo. Así, solamente podrá exigir responsabilidad al establecimiento quien tenga la consideración de huésped, estimándose necesario adoptar un concepto amplio de huésped.
- Distinguir diferentes casos en los cuales debe el hostelero responder, configurando un régimen de responsabilidad adecuado para cada uno de ellos, atendiendo a sus circunstancias concretas y a las dificultades probatorias. De este modo, el huésped podrá exigir responsabilidad al establecimiento en cuatro hipótesis distintas: por el equipaje depositado por el cliente; por los objetos depositados por los huéspedes para su custodia directa; por los objetos introducidos en la caja de seguridad de la habitación y, por último, por los efectos meramente introducidos en las habitaciones.
- Limitar la responsabilidad del hotel en los casos de custodia indirecta, - cuando los objetos son depositados en la caja de seguridad de la habitación o bien se trata de objetos meramente introducidos-, así como también en los casos de custodia directa del equipaje por parte del establecimiento.
- Establecer tres casos en los que el hostelero no responde: la fuerza mayor, la culpa del huésped, de las personas que lo acompañen o visiten y el vicio propio de la cosa.
- Establecer como requisito especial para exigir responsabilidad la declaración al hostelero de la pérdida o deterioro de los objetos. Solamente en aquellos casos en los que, sin demora, el cliente comunica al establecimiento la pérdida o el deterioro sufridos en sus bienes podrá exigir responsabilidad conforme a los preceptos propuestos.
- Finalmente, fijar un plazo de prescripción de la acción para exigir responsabilidad por la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en el hotel. La acción prescribirá al año de haber finalizado el contrato de hospedaje, con total independencia del momento en el que el huésped tenga conocimiento de la pérdida o del deterioro. Solamente de este modo se evitan situaciones de incertidumbre sobre si finalmente llegará a exigirse responsabilidad al establecimiento.

CONCLUSIONI

CAPITOLO I

1. Il contratto di albergo prevede che una delle parti, dietro compenso, si impegni a fornire all'altra diversi tipi di servizi relativi ad una prestazione principale, ossia l'alloggio. Si intende che le parti che stipulano il contratto sono il proprietario dell'hotel e l'ospite. Il concetto di ospite si riferisce sia al soggetto che si avvale dei servizi offerti dall'hotel, cioè colui che realizza il soggiorno, sia al soggetto che acquista il servizio.

La tendenza dottrinale di limitare il concetto di ospite al soggetto che realizza il soggiorno può rendere difficile escludere la legittimazione circa alcune azioni del soggetto che ha stipulato il contratto.

2. Sebbene sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno qualificato il contratto di soggiorno come contratto misto, dove coesistono contratti di vario genere (principalmente locazione di beni, locazione di servizi e deposito), in senso stretto, ci troviamo di fronte ad un contratto di servizi. Non c'è dubbio sul fatto che il deposito è un servizio fornito dal proprietario. Rispetto alla consegna della stanza, nonostante l'esistenza fisica della medesima, se ne cede l'uso in modo che il possesso che si trasferisce al cliente non sia lo stesso di un contratto di locazione, ma piuttosto quello corrispondente ad un contratto di servizio, poiché il proprietario dell'hotel realizza interventi costanti sullo spazio ceduto.

CAPITOLO II

3. Come per tutti i contratti, la pubblicità e le informazioni precontrattuali sono parte integrante del contenuto del contratto di albergo e risultano pertanto vincolanti per il proprietario dell'hotel.

Il carattere vincolante della pubblicità non solo esiste quando si sia effettivamente stipulato il contratto, come difende parte della dottrina, ma il cliente può richiedere di concludere il contratto di albergo secondo le condizioni pubblicizzate, a meno che il proprietario dell'hotel abbia revocato l'offerta e abbia la facoltà di farlo.

4. Se la pubblicità con valore informativo diventa, come l'informativa precontrattuale, parte integrante del contenuto del contratto, qualora non si rispetti quanto previsto in qualunque pubblicità, si applicheranno le stesse misure per tutelare l'ospite.
5. Sebbene le misure contro l'inadempimento contrattuale varieranno a seconda che il cliente voglia mantenere o no il contratto, tali misure saranno coerenti con quelle conosciute dall'ospite, qualora l'inadempimento non sia un obbligo contrattuale. Questo perché, pur essendo un obbligo precontrattuale informare, l'inadempimento tende a materializzarsi dopo il perfezionamento del contratto.
6. In conformità all'obbligo precontrattuale d'informazione a cui è soggetto il proprietario dell'hotel, questo deve comunicare all'ospite tutte quelle caratteristiche che potrebbero influenzare la volontà di quest'ultimo nei confronti del contratto, anche se questa informazione non ha nulla a che fare con i servizi offerti dall'hotel. Tuttavia, in accordo con i parametri della buona fede e della correttezza, si giustificherà tale requisito solo qualora il cliente domandi esplicitamente all'hotel in merito a tali questioni.

CAPITOLO III

7. Il proprietario dell'hotel ha il dovere di documentare il contratto, ovvero di fornire all'ospite una giustificazione per iscritto del contratto stipulato in conformità con l'art. 98 del Real Decreto della legislazione spagnola (RD) 1/2007. Quanto detto si applicherà sia quando il cliente risulti essere il consumatore, sia negli altri casi, in accordo con l'art. 1258 del Codice Civile spagnolo (CC).
8. Tale dovere di documentazione non converte il presente contratto di albergo in un contratto formale, poiché ci troviamo di fronte a contratti formali solo quando si sanziona con la nullità l'inadempimento di quanto previsto dalla legge.
9. Sebbene uno degli scopi dell'obbligo di documentare il contratto è quello di proteggere l'ospite da possibili abusi da parte del proprietario dell'hotel, è vero che anche quest'ultimo trova beneficio nei requisiti formali previsti dalla legge. Così, l'inadempimento di questo dovere permetterà al proprietario dell'hotel di dimostrare che il cliente ha concluso il contratto in una data determinata

(informazione che può essere utile se si esercita il diritto di recesso) o ha richiesto alcune prestazioni accessorie.

10. Se il proprietario dell'hotel non rispetta l'obbligo di documentare il contratto, il cliente ha la possibilità di esercitare il diritto di recesso in conformità con l'art. 100 del RD 1/2007 e 1124 del CC, poiché, anche se l'inadempimento di tale dovere può essere classificato come non grave, la giurisprudenza si mostra sempre più flessibile nel valutare questo requisito.
11. Il momento esatto del perfezionamento, a partire dal quale il presente contratto diventerà valido, varierà secondo la modalità adottata nel stipularlo. Pertanto, si applicheranno determinate norme di perfezionamento contenute nel Codice Civile spagnolo piuttosto che altre in base al mezzo di comunicazione a cui il cliente ha deciso di ricorrere.

CAPITOLO IV

12. L'ospite non ha il diritto legale di recesso ai sensi delle disposizioni dell'art. 103 1) del RD 1/2007. Tuttavia, tale esclusione solamente impedisce di applicare gli articoli 102-108 del RD 1/2007 al contratto in esame. Ciò non implica però che l'ospite non possa recedere dal contratto di albergo per altre vie. Il recesso convenzionale (in tutti i casi in cui è la struttura ad impostare il diritto di recesso) e il ricorso al medesimo (in assenza di un mutuo accordo tra le parti circa l'esercizio del diritto di recesso) diventano alternative che l'ospite può utilizzare qualora voglia recedere da un contratto di albergo. Di conseguenza, è valida la clausola secondo la quale l'hotel esclude espressamente al cliente la possibilità di recedere dal contratto.
13. L'esclusione indicata dall'art. 103 1) del RD 1/2007, in cui si afferma che il diritto di recesso non si applica ai contratti relativi alla «fornitura di servizi di alloggio ad uso non abitativo [...]» risponde non solo, come sostiene la maggior parte della dottrina, all'esigenza di tutelare il proprietario dell'hotel, ma beneficia anche l'ospite. In primo luogo, quest'ultimo non sarà soggetto ai termini stabiliti dal Testo Consolidato, in modo che i clienti che hanno concluso il contratto di alloggio con largo anticipo non devono rispettare il rigoroso termine di quattordici giorni di calendario per recedere dal contratto, termine imposto ai consumatori di un servizio che non è interessato dall'esclusione. In secondo luogo, se non esistesse la suddetta esclusione legale, si presenterebbe una

situazione senza dubbio sconcertante, in cui coloro che richiedono l'alloggio in un ambito fuori dalla propria attività commerciale o professionale potrebbero invocare gli art.102 e ss. del RD 1/2007, che regolano il recesso, mentre gli ospiti che non hanno la condizione di consumatori ai sensi dell'art. 3 del RD 1/2007 non potrebbero farlo.

14. Sebbene la struttura dell'art. 160 del RD 1/2007, che regola il diritto di recesso in un contratto di pacchetto vacanze, può farci pensare che si può applicare al contratto di alloggio, non bisogna dimenticare che il recesso è un istituto di carattere eccezionale e che per esercitarlo è essenziale che la legge lo preveda espressamente o, in alternativa, che le parti lo includano nel contratto. Pertanto, ai sensi dell'articolo 4.2 del CC, che vieta l'applicazione per analogia delle norme eccezionali, dobbiamo concludere che giuridicamente non è corretto applicare la disposizione del contratto in questione.

CAPITOLO V

15. Gli obblighi del proprietario dell'hotel possiedono le caratteristiche degli obblighi di risultato, visto che, non dipendendo il rispetto dei medesimi da fattori esterni all'hotel, l'ospite può esigere per legge ognuno di essi. Pertanto, il proprietario dell'hotel non rispetta il contratto affermando semplicemente di agire secondo diligenza, dal momento che è necessario ottenere i risultati richiesti dal cliente.
16. Valutare gli obblighi del proprietario dell'hotel come obblighi di risultato non impedisce considerare il contratto di albergo come un contratto di servizio. Va ritenuta superata la tradizionale identificazione tra contratto di servizio e obblighi di mezzi, così come tra un contratto d'appalto e obblighi di risultato. Il contratto di alloggio dovrà riflettere l'evoluzione concettuale che si è verificata con i testi comunitari.
17. Il dovere di cura della struttura di assistenza e l'obbligo di rispettare le regole di utilizzo dei servizi imposte dal proprietario dell'hotel rappresentano obblighi legali veri e propri e non oneri, come ha sostenuto parte della dottrina. Tuttavia, si considera onere l'obbligo dell'ospite di collaborare all'adempimento del prestatore di servizi. La ragione è che il proprietario dell'hotel non può esigere tali comportamenti di collaborazione (non sono veri diritti di credito) e, se insoddisfatti, non si ricorre ai rimedi contro l'inadempimento, ma si provoca

un effetto diverso: il proprietario dell'hotel non sarà ritenuto responsabile di inadempimento del contratto.

18. Essendo il presente documento un contratto a termine essenziale, l'inadempimento dell'obbligo di consegnare la camera all'ospite al momento accordato è causa immediata di risoluzione del contratto. La semplice dichiarazione del cliente sarà sufficiente per risolvere il contratto.
19. Si valuterà la gravità dell'inadempimento risolutivo in base a criteri soggettivi. Tale requisito si deve al semplice fatto che il cliente rivendicherà la sua facoltà di risolvere il contratto qualora si presenti una mancanza di conformità della stanza o dei servizi offerti dall'hotel.
20. La riduzione di prezzo è il rimedio più appropriato nei casi in cui vi è una mancanza di conformità non grave relativa alla stanza o ai servizi. Ciò è chiaro nei casi in cui il servizio è incluso nel prezzo della camera, ma è più ambiguo quando si paga a parte il servizio.
21. Avendo effetto meramente sospensivo e dato che il pagamento del prezzo si realizza in anticipo o alla conclusione del soggiorno dell'ospite, l'eccezione di inadempimento si dimostra un rimedio inutile per il cliente quando il proprietario dell'hotel non rispetta gli obblighi contrattuali.
22. Gli strumenti che si attivano per tutelare l'ospite qualora la struttura non rispetti gli obblighi contrattuali varieranno a seconda delle caratteristiche dell'obbligo violato dall'hotel. Tuttavia, nonostante il diritto positivo offra strumenti sufficienti di cui può usufruire il cliente che vede disattese le proprie legittime aspettative, è importante sottolineare che con il contratto di alloggio è molto improbabile che l'ospite si rivolga ad un tribunale per risolvere il conflitto. Pertanto, nella maggior parte dei casi, l'esercizio di rimedi avviene in sede extragiudiziale.
23. Sebbene la risoluzione del contratto, la riduzione del prezzo, l'azione di adempimento o il risarcimento dei danni costituiscano i rimedi contro l'inadempimento che i testi giuridici mettono a disposizione dell'ospite, in pratica è molto comune che, in caso di inadempimento, l'hotel offra gratuitamente al cliente determinate prestazioni o pernottamenti presso il medesimo. Tuttavia, sarà l'ospite a scegliere se accettare tali offerte o ricorrere ai rimedi previsti dalla legge.

CAPITOLO VI

24. Considerare come necessario il deposito degli effetti che gli ospiti introducono negli hotel non sembra inopportuno. Ai sensi dell'art. 1781 del CC un deposito necessario è «quello che si realizza in conformità con un obbligo legale» e, secondo gli art. 1783 e 1784 del CC, l'hotel è tenuto chiaramente a custodire gli effetti dei suoi clienti. Tuttavia, quando si tratta di oggetti semplicemente introdotti nella struttura non si effettua nemmeno una consegna, che rappresenta un requisito essenziale del contratto di deposito.
25. La responsabilità di cui agli articoli 1783 e 1784 del CC deve intendersi come oggettiva per vari motivi. In primo luogo, perché il proprietario dell'hotel non possiede i mezzi ragionevoli per rispettare l'esigente obbligo di diligenza a cui è soggetto, essendogli impossibile controllare gli effetti che rimangono in possesso dell'ospite stesso e sono parte della sua privacy. In secondo luogo, perché la responsabilità si estende agli atti commessi da estranei e a cause di forza maggiore. Va aggiunto che, dal punto di vista dell'efficienza economica, il fatto di considerare la responsabilità del proprietario dell'hotel come una responsabilità oggettiva, derivante semplicemente dall'essere il proprietario di un hotel, significa che probabilmente quest'ultimo richiederà un'assicurazione di responsabilità civile. In questo caso, è inoltre possibile che, considerandola come un ulteriore costo di produzione, la rifletterà nel prezzo finale del servizio, in modo tale da distribuire il costo del premio assicurativo tra i clienti che alloggiano presso il suo hotel.
26. La responsabilità del proprietario dell'hotel è una responsabilità contrattuale sia in caso di custodia diretta sia nell'ipotesi di custodia indiretta. Mentre la prima circostanza è indiscutibile in virtù del contratto di deposito stipulato tra le parti, la natura contrattuale della responsabilità è incontrovertibile anche quando non ha luogo la consegna degli effetti. Così, in questi casi, è sufficiente che esista un contratto di albergo per giustificare l'applicazione delle norme di responsabilità contrattuale contenute negli art. 1783 e 1784 del CC.
27. La natura contrattuale della responsabilità del proprietario dell'hotel, inoltre, non impedisce di affermare che ci si trova di fronte ad una responsabilità *ex lege*, che mira in primo luogo ad evitare gli inconvenienti che deriverebbero

dall'applicazione delle norme di deposito (in caso di custodia diretta) o delle norme generali in materia di responsabilità contrattuale (in caso di custodia indiretta).

28. Gli articoli 1783 e 1784 del CC non hanno carattere vincolante. Se avesse luogo una vera e propria negoziazione tra le parti, sarebbero validi quegli accordi che esonerano o limitano la responsabilità del proprietario dell'hotel in caso di smarrimento o furto degli effetti, soprattutto tenendo presente che tale accordo sarebbe vantaggioso anche per l'ospite stesso se implicasse anche una riduzione del prezzo.
29. Sebbene parte della dottrina sostenga che la sfera di applicazione degli art. 1783 e 1784 del CC riguarda solo i casi di deposito indiretto, secondo il nostro criterio se ci atteniamo alla formulazione dell'art.1783 del CC, le disposizioni vanno applicate ad entrambi i casi, vale a dire sia ai casi di deposito diretto che indiretto, poiché interpretiamo che il termine «introdotti» a cui si riferisce la disposizione include anche ciò che è stato consegnato in custodia.
30. Anche se il termine "effetti" a cui fa riferimento l'art. 1783 del CC va interpretato estensivamente, non vanno inclusi i veicoli dei clienti. Sebbene l'hotel abbia l'obbligo legale di custodire gli effetti dell'ospite ai sensi degli art. 1783 e 1784 del CC, tale obbligo non si estende ai veicoli, in quanto non si tratta di oggetti che il cliente deve necessariamente portare con sé. Pertanto, in questi casi, la cosa più sensata e giusta è applicare il regime di responsabilità previsto dalla legge spagnola 40/2002, che regola il contratto di parcheggio, dal momento che l'ipotesi rientra nella sua sfera di applicazione ed è una legge di carattere speciale.
31. Il risarcimento per la perdita o pregiudizio degli effetti dell'ospite può includere danni morali, sia se si è stipulato, o no, un servizio di custodia qualificato. Tuttavia, questi danni sono regolati dalle norme generali di responsabilità contrattuale, ovvero gli articoli 1101 del CC e ss., invece che dagli articoli 1783 e 1784 del CC. Al fine di garantire un migliore equilibrio tra le parti, si difende in questi casi l'applicazione di un regime di responsabilità per colpa.
32. Il requisito di portare a conoscenza previsto dall'art. 1783 del CC non può significare che l'ospite abbia il dovere di informare il proprietario dell'hotel di ognuno degli effetti di uso quotidiano introdotti nella stanza, né degli oggetti di

valore riposti nella cassaforte. Pertanto, è consigliato prescindere da questo requisito in tali casi.

33. Alcuni autori della dottrina hanno tentato di dimostrare che il proprietario dell'hotel non può essere esente da responsabilità qualora informi il cliente, mediante avvisi, che non risponde di oggetti di valore che non siano stati depositati in sua custodia. Noi, tuttavia, assumiamo una posizione diversa. È la literalità dell'art. 1783 del CC che ci porta ad affermare che, affinché esista responsabilità del proprietario dell'hotel, è necessario che l'ospite osservi le avvertenze del proprietario circa la cura e la vigilanza degli effetti. Infatti, è in contrasto con la disposizione affermare che l'hotel risponde nonostante sia il cliente a non adempiere gli avvisi, che sono stati stabiliti con il solo scopo di assicurare la custodia dei suoi beni. Si segue lo stesso approccio anche quando la camera è dotata di una cassetta di sicurezza, poiché è ragionevole supporre che l'avviso avverta il cliente del fatto che, nonostante la cassaforte in camera, gli si può garantire la protezione dei beni solo consegnandoli in custodia al proprietario dell'hotel.
34. Sebbene l'articolo 1784 del CC faccia riferimento solo alla rapina a mano armata e a casi di forza maggiore come cause che esonerano il proprietario da qualsiasi responsabilità, va osservato che quest'ultimo può essere esonerato anche quando il danno subito dai beni sia attribuibile alla colpa dell'ospite stesso o si debba ad un difetto degli oggetti in questione o, infine, quando il cliente non abbia osservato correttamente le disposizioni che l'articolo 1783 del CC prevede affinché sussista l'obbligo di indennizzo.
35. Non siamo d'accordo sul fatto di considerare la rapina a mano armata come causa di forza maggiore capace di esonerare in ogni caso il proprietario dell'hotel da qualsiasi responsabilità. Il proprietario non dovrebbe essere esonerato per la semplice exteriorità della causa, poiché è imprescindibile che la stessa abbia un carattere imprevedibile ed inevitabile.

CONCLUSIONI FINALI

Mentre le conclusioni parziali sono dedicate a stabilire il regime giuridico del contratto di albergo nel diritto spagnolo, le conclusioni affrontano gli altri obiettivi della tesi: indicare le carenze, le difficoltà, i punti positivi e le contraddizioni di questo regime

giuridico, determinare la necessità o la convenienza di un intervento legislativo per regolamentare gli aspetti giuridici-privati del contratto di albergo e realizzare proposte concrete de *lege ferenda*.

1. Il contratto di albergo si presenta come un contratto atipico nel diritto positivo spagnolo, dal momento che l'unico aspetto del diritto privato che si affronta direttamente nelle leggi è la responsabilità dei proprietari di hotel per i danni arrecati agli effetti degli ospiti. Tale aspetto è trattato dagli art. 1783 e 1784 del CC, nel rispetto delle norme dedicate al contratto di deposito, in particolare al denominato deposito necessario.

L'analisi proposta nelle pagine precedenti ci porta a concludere che è corretto considerare atipico il contratto di alloggio. La ragione è semplice: si dovrebbero ridurre il più possibile gli interventi legislativi nell'ambito contrattuale e la decisione del legislatore di regolare il contratto sarebbe giustificata solo se le norme del contratto di servizio (la categoria generale a cui appartiene), le norme generali degli obblighi e contratti, così come le norme sulla tutela dei consumatori risultassero insufficienti e inadeguate per soddisfare le diverse questioni sollevate da questo rapporto contrattuale.

2. Si è osservato che la legislazione spagnola dispone di un quadro normativo adeguato a cui ricorrere per rispondere alla maggior parte delle questioni che sorgono nel contesto delle relazioni tra il proprietario dell'hotel e il cliente. La fase precontrattuale e, in particolare, gli obblighi informativi del proprietario sono temi sufficientemente trattati oggi nel Testo Consolidato della legge dei consumatori. Inoltre, i dubbi che può generare la facoltà di recesso del cliente trovano risposta nell'uso. Neppure l'inadempimento contrattuale presenta particolarità che giustifichino un trattamento specifico, essendo sufficiente far riferimento alle norme generali con le necessarie modifiche.
3. Tuttavia, esiste una questione in concreto, ossia la responsabilità del proprietario dell'hotel per la perdita o il danneggiamento degli oggetti dei clienti, che meriterebbe un regolamento specifico e distinto da quello attualmente previsto dagli art. 1783 e 1784 del CC. In primo luogo, merita un regolamento specifico perché il regime generale di responsabilità per colpa non è adatto nonchè per le difficoltà probatorie che, in alcuni casi, suppone per il cliente il fatto che genera la responsabilità. In secondo luogo, merita un regolamento separato da quello

che attualmente include le disposizioni citate poichè tali articoli sono del tutto insufficienti per risolvere in modo soddisfacente il problema disomogeneo e in continua evoluzione che si materializza nella pratica. Ciò infatti non fa che aumentare l'incertezza giuridica in merito a tale questione.

4. Il Codice Civile continua ad essere lo strumento adeguato per la regolazione della responsabilità del proprietario dell'hotel. Ci sono ragioni per escludere che il regolamento debba diventare legge speciale, normativa dei consumatori o un futuro codice commerciale.

Una legge speciale non sarebbe adatta, dal momento che ci sono pochi aspetti che necessitano di una regolamentazione specifica.

D'altra parte, è chiaro che nemmeno la normativa dei consumatori risulta essere lo strumento adeguato, perché il destinatario della norma deve essere l'ospite, indipendentemente dal fatto che si realizzi il soggiorno per scopi privati o professionali. Va aggiunto che la finalità di queste norme è quella di creare un sistema capace di bilanciare gli interessi delle parti e non la protezione dell'ospite.

Infine, nemmeno il codice commerciale risulta uno strumento idoneo. Così, pur riscontrando l'esistenza di diverse opinioni, non crediamo che vadano considerati commerciali tutti i contratti stipulati da un uomo d'affari o operatore economico che eserciti la propria attività commerciale. La logica dietro il codice di commercio è quella del mercato, che non è sufficiente per risolvere il problema della responsabilità del proprietario dell'hotel per gli oggetti degli ospiti che vengano li *smarriti*.

5. All'interno del Codice Civile spagnolo e al fine di rispettare la struttura del medesimo, la soluzione più fattibile sarebbe quella di creare, all'interno del capitolo dedicato al deposito, una nuova sezione sulla responsabilità dei proprietari di hotel. In questa sezione si includerebbero gli articoli 1783 e 1784, che andrebbero regolati diversamente.
6. Si propongono le seguenti modifiche alla legislazione vigente:
 - Configurare un regime di responsabilità per perdite o danni agli oggetti degli ospiti, in cui si definisca perfettamente la sfera di applicazione delle disposizioni proposte, senza estendere l'obbligo di indennizzo né ai veicoli né agli oggetti al loro interno.

- Configurare un regime di responsabilità per perdite o danni agli effetti dei clienti, in cui si definisca perfettamente la sfera di applicazione soggettiva. In questo modo, solo potrà esigere responsabilità all'hotel colui che si considera ospite, dal momento che si ritiene necessario utilizzare un concetto esteso di ospite.
- Distinguere diversi casi in cui il proprietario dell'hotel è soggetto a responsabilità, impostando un regime di responsabilità adeguato per ciascuno di essi, secondo le loro specifiche circostanze e difficoltà probatorie. Di conseguenza, l'ospite può esigere responsabilità all'hotel in quattro ipotesi diverse: per il bagaglio depositato dal cliente; per gli oggetti depositati dagli ospiti in custodia diretta; per gli oggetti collocati nella cassaforte in camera e, infine, per gli effetti che vengono semplicemente introdotti in camera.
- Limitare la responsabilità dell'hotel in caso di custodia indiretta (ossia quando gli oggetti vengono depositati nella cassaforte in camera o si tratta di oggetti semplicemente introdotti nell'hotel), così come nei casi in cui l'hotel si occupi della custodia diretta del bagaglio.
- Stabilire tre casi in cui il proprietario dell'hotel è esente da qualsiasi responsabilità: forza maggiore, colpa dell'ospite, dei suoi accompagnatori o visitatori e, infine, difetto dell'oggetto stesso.
- Stabilire come requisito speciale un atto di dichiarazione al proprietario dell'hotel della perdita o dei danni a oggetti per esigerne la responsabilità. Il cliente potrà esigere responsabilità secondo le disposizioni proposte solo nei casi in cui comunichi immediatamente all'hotel la perdita o i danni subiti dai suoi beni.
- Infine, fissare un termine di prescrizione per esigere responsabilità per perdita o danni degli effetti introdotti nell'hotel. L'azione si prescrive in un anno dal completamento del contratto di albergo, in modo del tutto indipendente da quando l'ospite è venuto a conoscenza della perdita o danno. Solo così si potranno evitare situazioni ambigue qualora si arrivi ad esigere responsabilità all'hotel.

Índice jurisprudencial

Sentencias del Tribunal Supremo: Las referencias de las citadas sentencias corresponden al Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, salvo que se indique lo contrario.

- STS de 8 de enero de 1960: Id Cendoj: 28079110011960100642
ECLI:ES:TS:1960:1923
- STS de 29 de mayo de 1972: Id Cendoj: 28079110011972100051
ECLI:ES:TS:1972:51
- STS de 28 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5688)
- STS de 29 de mayo de 1987 (RJ 1987\3848)
- STS de 25 de mayo de 1988 (RJ 1988\10362)
- STS de 11 de julio de 1989 (RJ 1989\5598)
- STS de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668)
- STS de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990\1696)
- STS de 25 de enero de 1991 (RJ 1991\319)
- STS de 24 de mayo de 1991 (RJ 1991\3835)
- STS de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8720)
- STS de 4 de enero de 1992 (RJ 1992\148)
- STS de 25 de mayo de 1992 (RJ 1992\4378)
- STS de 3 de septiembre de 1992 (RJ 1992\6884)
- STS de 8 de febrero de 1993 (RJ 1993\690)
- STS de 27 de enero de 1994 (RJ 1994\569)
- STS de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994\854)
- STS de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994\2560)
- STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994\3073)
- STS de 6 de mayo de 1994 (RJ 1994\3888)
- STS de 20 de junio de 1995 (RJ 1995\4932)
- STS de 23 de enero de 1996 (RJ 1996\639)
- STS de 16 de mayo de 1996 (RJ 1996\4348)
- STS de 22 de octubre de 1996 (RJ 1996\7238)
- STS de 5 de mayo de 1997 (RJ 1997\3671)
- STS de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816)
- STS de 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\3999)

- STS de 8 de abril de 1999 (RJ 1999\2660)
- STS de 3 de abril de 2001 (RJ 2001\2013)
- STS de 30 de julio de 2001 (RJ 2001\5183)
- STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002\9736)
- STS de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004\7216)
- STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006\6443)
- STS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008\2961)
- STS de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008\3091)
- STS de 30 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1161)

Sentencias de Audiencias Provinciales: Las referencias de las citadas sentencias corresponden al Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, salvo que se indique lo contrario.

- SAP de Asturias de 1 de octubre de 1992 (AC 1992\1365)
- SAP de Alicante de 2 de diciembre de 1992 (AC 1992\1634)
- SAP de Tarragona de 5 de mayo de 1994 (AC 1994\947)
- SAP de Murcia de 5 de septiembre de 1994 (AC 1994\1503)
- SAP de Madrid de 8 de mayo de 1996 (AC 1996\969)
- SAP de Las Palmas de 7 de febrero de 1997 (AC 1997\810)
- SAP de Málaga de 5 de junio de 1997 (AC 1997\1247)
- SAP de Ciudad Real de 24 de febrero de 1998 (AC 1998\4122)
- SAP de Tenerife de 22 de julio de 1998 (AC 1998\1638)
- SAP de Málaga de 22 de septiembre de 1998 (AC 1998\1773)
- SAP de Badajoz de 19 de enero de 1999 (AC 1999\10)
- SAP de Almería de 3 de diciembre de 1999 (AC 1999\2576)
- SAP de Almería de 20 de diciembre de 1999 (AC 1999\2582)
- SAP de Málaga de 26 de septiembre de 2000 (AC 2001\1163)
- SAP de Málaga de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001\92178)
- SAP de Valencia de 13 de diciembre de 2000 (JUR 2001\65557)
- SAP de Barcelona de 1 de marzo de 2001 (JUR 2001\156408)
- SAP de Zaragoza de 10 de julio de 2001 (AC 2001\1804)
- SAP de Madrid de 16 de julio de 2001 (JUR 2002\9125)
- SAP de Málaga de 30 de julio de 2001 (AC 2002\328)
- SAP de Toledo de 7 de noviembre de 2001 (JUR 2002\27016)

- SAP de Salamanca de 27 de noviembre de 2001 (JUR 2002\22687)
- SAP de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002\115186)
- SAP de Barcelona de 21 de mayo de 2002 (AC 2002\2048)
- SAP de Islas Baleares de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002\208616)
- SAP de Málaga de 20 de junio de 2002 (JUR 2002\259907)
- SAP de Madrid de 9 de julio de 2002 (JUR 2003\22652)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003\29434)
- SAP de Alicante de 6 de marzo de 2003 (JUR 2003\202944)
- SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003\199878)
- SAP de Barcelona de 6 de mayo de 2003 (AC 2003\2102)
- SAP de Madrid de 27 de mayo de 2003 (JUR 2003\254789)
- SAP de Valencia de 30 de septiembre de 2003 (AC 2003\2101)
- SAP de Islas Baleares de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004\77789)
- SAP de Granada de 10 de diciembre de 2003 (AC 2004\122)
- SAP de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004\1082)
- SAP de Cádiz de 19 de julio de 2004 (JUR 2004\293531)
- SAP de Córdoba de 10 de noviembre de 2004 (JUR 2005\51496)
- SAP de Madrid de 30 de noviembre de 2004 (JUR 2005\35373)
- SAP de Málaga de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005\144944)
- SAP de Zamora de 20 de mayo de 2005 (JUR 2005\128076)
- SAP de Tarragona de 18 de julio de 2005 (JUR 2006\52038)
- SAP de Alicante de 21 de septiembre de 2005 (JUR 2005\252879)
- SAP de Cádiz de 16 de enero de 2006 (JUR 2007\209199)
- SAP de Gerona de 5 de mayo de 2006 (AC 2006\1742)
- SAP de Barcelona de 8 de junio de 2006 (JUR 2007\19194)
- SAP de Asturias de 12 de junio de 2006 (AC 2006\1031)
- SAP de Valencia de 8 de noviembre de 2006 (AC 2007\692)
- SAP de Málaga de 5 de diciembre de 2006 (AC 2007\882)
- SAP de La Coruña de 6 de marzo de 2007 LA LEY 125053/2007
- SAP de Madrid de 6 de marzo de 2007 (JUR 2007\173697)
- SAP de Sevilla de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007\237514)
- SAP de Sevilla de 22 de mayo de 2007 (JUR 2008\17888)
- SAP de Madrid de 7 de febrero de 2008 (AC 2008\1185)
- SAP de Islas Baleares de 29 de enero de 2010 (JUR 2010\136049)

- SAP de Las Palmas de 30 de marzo de 2010 (JUR 2011\11881)
- SAP de La Coruña de 3 de mayo de 2012 (JUR 2012\183646)
- SAP de Madrid de 18 de marzo de 2014 (JUR 2014\159287)

Bibliografía

ABELLO, L.: *Trattato della locazione*. Turín, 1926-1927.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 2002, pp. 1133-1228.

ALCOVER GARAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico del contrato de gestión hotelera», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 237, 2000, pp. 1003-1025.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*. Civitas, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ LATA, N.: «Construcción jurisprudencial del contrato de aparcamiento de vehículos», en *Aranzadi Civil*, nº 2, 1996, pp. 69-108.

ÁLVAREZ VIGARAY, R.:

- «La responsabilidad por daño moral», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 1966, pp. 81-116.
- «La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento». Comares, 2009.

AMAT LLOMBART, P.: «Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de agroturismo: distinción de figuras afines. Conexiones con el contrato de hospedaje y con el contrato de viaje combinado», en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I. Almería, 2000.

ARNAU RAVENTÓS, L.: «El plazo para desistir en los contratos con consumidores», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2011, pp. 157-196.

ARROYO AMAYUELAS, E.: «¿Qué es *forma* en el derecho contractual comunitario de consumo?», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 2008, pp. 519-542.

ARROYO APARICIO, A.: *Los Contratos a Distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*. Aranzadi, Pamplona, 2003.

ATAZ LÓPEZ, J.: «Comentario al artículo 1543 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi, Pamplona, 2010.

AYLLÓN SANTIAGO, H.: «Problemas actuales del contrato de aparcamiento», en *Actualidad Civil*, nº 8, 2011, pp. 870-908.

BADENAS CARPIO, J.M.: «Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje», en *Actualidad Civil*, nº 16, 2000, pp. 619-634.

BADOSA COLL, F.: «Comentario a los artículos 1783 y 1784», en *Comentario del Código Civil*, t. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

BAILLOD, R.: «Le droit de repentir», en *Rev. Trim. Droit Civil*, 1984, pp. 227-254.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.: *El contrato de aparcamiento*. Aranzadi, Pamplona, 2000.

BARASSI, L.: *Instituzione di diritto civile*. Giuffré, Milano, 1948.

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», en *Revista de Derecho Privado*, nº 14, 2005, pp. 237-246.

BARRÓN ARNICHEs, P. DE:

- «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», en *Indret*, nº 3, 2008, pp. 1-28.
- «Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR», en *Derecho Contractual Europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, dirigido por Esteve Bosch Capdevila. Bosch, Barcelona, 2009.
- *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*. Reus, Madrid, 2011.
- «Normas aplicables a los contratos de servicios en general», en *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coordinado por Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y M^a Paz Sánchez González, vol. 2. Atelier, 2012.

BASOZÁBAL ARRUE, X.: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 2009, pp. 647-712.

BEKKER, E.I.: *Grundbegriffe des Rechts und Hissbegriffe der Gesetzgebung*. Berlín-Leipzig, 1910.

BELUCHE RINCÓN, I.:

- *El derecho de desistimiento del consumidor*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- «La deficiente protección del consumidor de viajes combinados», en *La Ley*, nº 7213, 8 de julio 2009.

BENEDETTO, M.A.: Voz «albergatore», en *Novissimo Digesto Italiano*. Utet, Torino, 1981.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- «Comentario a los artículos 25-28», en *Comentarios a la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios*, coordinados por Rodrigo Bercovitz y Javier Salas. Civitas, Madrid, 1992.
- «Porteros, garajes y madres desconocidas», en *Aranzadi Civil*, nº 3, 1996, pp. 3-10.
- «Comentario al artículo 3», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi, Pamplona, 2009.

BLANQUER CRIADO, D.: *Derecho del Turismo*. Tirant Lo Blanch, 1999.

BONET CORREA, J.:

- *Régimen jurídico del hospedaje y hostelería*. Colección de libros jurídicos, Madrid, 1955.
- «La responsabilidad objetiva», en *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 209-242.

BOZA MORENO, J.: *Los arrendamientos urbanos*. Reus, Madrid, 1974.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.:

- *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil*. Montecorvo, Madrid, 1988.
- *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Bosch, Barcelona, 1993.

CÁMARA LAPUENTE, S.: «El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español: aspectos controvertidos o no resueltos», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2011, pp. 84-117.

CAMPIONE, R.: «Il contratto di albergo», en *Trattato dei contratti*, dirigido por Vincenzo Roppo y Alberto M. Benedetti. Giuffrè, 2014.

CARBONNIER, J.: *Droit Civil. Les obligations*, t. IV. Presses Universitaires de France, París, 1959.

- CARRASCO PERERA, A.: *Tratado de Contratos*. Aranzadi, 2010.
- CARRESI, F.: «Il contratto», en *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXI, t. 2, dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo. Milano, 1987.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III y IV. Reus, Madrid, 1986.
- CASTILLA BAREA, M.: *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Dykinson, Madrid, 2001.
- CATTANEO, G.: *La responsabilità del professionista*. Milano, 1958.
- CEBALLOS MARTÍN, M.M.: *La regulación jurídica de los establecimientos hoteleros*. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- CEBALLOS MARTÍN y M.M., PÉREZ GUERRA, R.: *El contrato turístico de alojamiento hotelero*. Comares, Granada, 2001.
- CERVILLA GARZÓN, M.D.: *La prestación de servicios profesionales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- CHERUBINI, M.C.: «Sul c.d. Diritto di ripensamento», en *Rivista di Diritto Civile*, nº 1, 1999, pp. 695 y ss.
- CLEMENTE MEORO, M.:
- *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
 - *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Bosch, Barcelona, 2009.
- COLACINO, G.: «Le forme negoziali nel nuovo diritto del contratti: le c.d. forme di protezione», en *Studium Iuris*, nº 1, 2010, pp. 253 y ss.
- CORDERO CUTILLAS, I.: *El derecho de aprovechamiento por turno en la ley 42/1998, de 15 de diciembre*. Tirant Monografías, Valencia, 2003.
- COSTAS RODAL, L.: «Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la ley 4/2012», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. I, nº 10 (febrero), 2013, pp. 35-89.
- CRESPO MORA, M.C.: «Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR», en *Indret*, nº 2, 2013, pp. 1-45.
- CRISTÓBAL MONTÉS, A.: «El daño moral contractual», en *Revista de Derecho Privado*, nº 1, 1990, pp. 2-12.

CURNELLI, G.:

- *Il contratto d'albergo. Il contratto di viaggio. Il contratto di tempo libero.* Giuffr , Milano, 1994.
- «La conclusione del contrato di albergo», en *Diritto del Turismo*, n  1, 2006, pp. 15-21.

D'AVANZO, W.: Voz «Recesso. Diritto civile», en *Novissimo Digesto Italiano*. Utet, Torino, 1981.

DE BON, P.: «Appalto privato: cause di scioglimento del contrato», en *Recesso e risoluzione nei contratti*, dirigido por Giorgio De Nova. Milano, 1994.

DELL'AQUILA, E.: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Ediciones Universidad de Salamanca, 1981.

DELLACASA, M.: *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*. Giappichelli, Torino, 2008.

DEMOGUE, R.: *Traité des obligations en général*, t.V. Paris, 1925.

DÍAZ MORENO, A.: «La protección del consumidor: una perspectiva global», en *Estudios de Derecho Judicial*, 2006, pp. 209-278.

DÍAZ GÓMEZ, M.J.: «Comentario breve a la Ley Reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», en *Actualidad Civil*, n  10, 2004, pp. 1109-1134.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2005.

DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A.M.: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, Madrid, 2002.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.:

- «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», en *Anuario de Derecho Civil*, n  2, 1969, pp. 383-404.
- «Comentario al artículo 1967 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, t. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II. Aranzadi, Pamplona, 2008, sexta edición.
- *El escándalo del daño moral*. Civitas, Madrid, 2008.

DÍEZ SOTO, C.M.:

- «Depósito de joyas en la caja fuerte de un hotel. Aplicación de las normas relativas al depósito cerrado (Comentario a la STS, Sala 1ª, de 27 de enero de 1994)», en *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, nº 12, 1994, pp. 267-284.
- *El depósito profesional*. Barcelona, 1995.

DOMAT, M.: «Du dépôt et du séquestre», en *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. I, París, 1777.

EBERS, M.: «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 2003, pp. 1575- 1608.

ELIZALDE IBARBIA, F. DE: «Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil», en *Indret*, nº 3, 2014, pp. 1-40.

ENNECCERUS, L. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de obligaciones*, vol. II, segunda parte. Bosch, Barcelona, 1966.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «Contrato de servicios», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, coordinado por Lorenzo Prats Albentosa, t. III-1 (Derecho patrimonial 1). Consejo General del Notariado, 2012.

ESPIAU ESPIAU, S.: «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II. Thomson Civitas, 2003.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, vol. III. Madrid, 1983.

ESSER, J.: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, t.I. Karlsruhe, 1968.

EXNER, A.: *De la fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual*. Madrid, 1905.

FENOY PICÓN, N.:

- «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2009, pp. 157- 280.

- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2010, pp. 47-136.

FONT GALÁN, J.I.: «Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº26, 2011, pp. 147-179.

FRANZONI, M.: «Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale», en *Codice Civile. Commentario*, dirigido por Piero Schlesinger. Milano, 1998.

FROSSARD, J.: *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*. París, 1965.

FUBINI, R.: «Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)», en *Revista de Derecho Privado*, nº 208, 1931, pp. 1 y ss.

GABRIELLI, G.: «Recesso e risoluzione per inadempimento», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1974, pp. 725-751.

GALGANO, F.:

- *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, t. II. Padova, 1990.
- «Degli effetti del contratto», en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Degli effetti del contratto. Della rappresentanza del contratto per persona da nominare*, dirigido por Francesco Galgano y Giovanna Visitini. Bologna, 1993.

GÁLVEZ CRIADO, A.:

- «Comentario al artículo 16», en *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derecho de Aprovechamiento por Turno*, dirigidos por José Manuel Ruiz-Rico Ruiz y Ana Cañizares Laso. Civitas, Madrid, 2000.
- «El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*, dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Atelier, Barcelona, 2011.

GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E.: *Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad*. Comares, Granada, 1997.

GARCÍA GÓMEZ, R.: «Hospedaje y turismo. Breve excursus sobre la responsabilidad de los profesionales de la hostelería», en *II Jornadas de Derecho y Turismo*, Ávila, Noviembre 1995, pp. 79-86.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza, 1974.

GARCÍA PÉREZ, R.M.: «Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho Privado Europeo», en *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España* dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Atelier, Barcelona, 2011.

GARCÍA RUBIO, M.P.: «La forma en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del derecho del consumo», en *Actualidad Civil*, nº 2, 1994, pp. 277-289.

GARCÍA VALDECASAS, G.: «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español», en *Revista de Derecho Privado*, t. XLVI, 1962, pp. 831-849.

GARCÍA VICENTE, J.R.:

- «La contratación con consumidores», en *Tratado de contratos*, vol. II, dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Valencia, 2009.
- «Comentario a los artículos 60, 61, 65, 68 y 79», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi, Pamplona, 2009.

GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. II. Madrid, 1974.

GERI, V.: *La responsabilità civile dell'albergatore*. Giuffré, Milano, 1940.

GÓMEZ CALERO, J.: *Régimen jurídico del contrato de viaje combinado*. Madrid, 1997.

GÓMEZ CALLE, E.:

- *Los deberes precontractuales de información*. La Ley, Madrid, 1994.
- *El contrato de viaje combinado*. Civitas, Madrid, 1998
- «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y

comparación con el borrador del Marco Común de Referencia», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2012, pp. 29-102.

GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: «Comentarios al artículos 1262 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, coordinados por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. XVII. Vol. 1º B, 1993.

GÓMEZ POMAR, F.: «El incumplimiento contractual en Derecho español», en *Indret*, nº 3, 2007, pp. 1-49.

GONZÁLEZ CABRERA, I.:

- «La seguridad del turista en la ejecución del contrato de hospedaje: breves consideraciones», en *Derecho de los negocios*, nº 208, 2008, pp. 19-28.
- «El doble tratamiento jurídico del vehículo que introduce el huésped en el establecimiento hotelero», en *Revista Andaluza del Derecho del Turismo*, nº 4, 2010, pp. 117- 146.

GRECO, F.:

- *Profili del contratto del consumatore*. Napoli, 2005.
- «Il recesso del consumatore», en *Contratti e tutela dei consumatori*, dirigido por Fabio Tommasi. Utet, Torino, 2007.

GUISADO MORENO, A.: *Formación y perfección del contrato en internet*. Marcial Pons, Madrid, 2004.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al art. 1922 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo García, t. XXIV. Madrid, 1984.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, t. V. Lex Nova, Madrid, 1869.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: «La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo», en *Revista de Derecho Privado*, nº 89, 2005, pp. 27-50.

HERNÁNDEZ GIL, F.: «Comentario al artículo 1783 del Código Civil», en *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Bosch, Barcelona, 2000.

HUALDE MANSO, T.: «La obligación de custodia en el depósito», en *Revista jurídica de Navarra*, nº 12, 1991, pp. 69-120.

HUERTA VIESCA, M.I.: *La responsabilidad bancaria en el contrato de caja de seguridad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

INFANTE RUIZ, F.J.:

- *Contrato y término esencial*. La Ley, 2008.
- «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», en *Indret*, nº 2, 2008, pp. 1-44.

JEREZ DELGADO, C. y PÉREZ GARCÍA M.J.: «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, 2009-1, pp. 155-179.

JIMÉNEZ HORWITZ, M.:

- *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*. Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
- «La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 2012, pp. 551- 584.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 783, 2013, pp. 2253-2328.

JORDANO BAREA, J.:

- «Contratos mixtos y unión de contratos», en *Anuario de Derecho Civil*, t. IV, 1951, pp. 321-339.
- «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita», en *Anuario de Derecho Civil*, t. IV, 1951, pp. 303-310.
- «Los contratos atípicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, 1953, pp. 51-95.

JORDANO FRAGA, F.:

- «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 568, 1985, pp. 575-724.
- *La responsabilidad contractual*. Civitas, Madrid, 1987.
- «Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 1991, pp. 5-96.

- «Comentario a la sentencia de 27 de enero de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, nº 34, 1994, pp. 357-377.
- *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Civitas, Madrid, 1994.

JOSSERAND, L.: *Cours de Droit Civil positif français*, t. II. Librairie de Recueil Sirey, París, 1933.

KLEIN, M.: *El desistimiento unilateral del contrato*. Civitas, Madrid, 1997.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, II Derecho de Obligaciones, vol. I. Bosch, Barcelona, 1977.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la perfección de los contratos y el Código civil», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Murcia, 1989.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, t. II. Marcial Pons, Madrid, 2011.

LAURENT, F.: *Principii di Diritto Civile*, vol. VII. Milano, 1907.

LEÓN ARCE, A. de: *Contratos de consumo intracomunitarios. (Adquisición de vivienda y viajes combinados)*. Madrid, 1995.

LEONE, F.: «La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale», en *Rivista di Diritto Civile*, 1915, pp. 84-103.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: «Concepto y límites del daño moral: el retorno al *pretium doloris*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 720, 2010, pp. 1559-1594.

LLÁCER MATA CÁS, M.R.: «La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento no conforme: el derecho español a la luz del Marco Común de Referencia», en *Derecho Contractual Europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, dirigido por Esteve Bosch Capdevila. Bosch, Barcelona, 2009.

LLOBET I AGUADO, J.: *El deber de información en la formación de los contratos*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

LOBATO GÓMEZ, J.M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1992, pp. 651-734.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: «Del consensualismo al formalismo contractual. Una reflexión sobre la forma de los contratos en derecho francés», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 29, 2012, pp. 279-302.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M.: «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», en *Libro Homenaje al profesor Doctor Don Lluís Puig i Ferriol*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

LÓPEZ PELÁEZ, P.:

- «La responsabilidad en la hostelería», en *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, coordinado por María Dolores Díaz-Ambrona Bardají. UNED, 2000.
- «El crédito preferente del hotelero», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 665, 2001, pp. 1137-1184.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A.: «Sobre la aplicabilidad a los agricultores de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 6-7, 1986-1987, pp. 11-17.

MAJELLO, U.: *Custodia e depósito*. Guiffrè, 1958.

MANCALEONI, A.M.: *I contratti con i consumatori tra Diritto comunitario e Diritto comune europeo*. Napoli, 2005.

MANCINI, G.F.: «Primi osservazioni sul recesso straordinario», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1969, pp. 91-102.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: «Comentario a los artículos 1783 y 1784 del Código civil», en *Comentarios al Código civil español*. Reus, Madrid, 1972.

MARCOS FRANCISCO, D.: «Hacia un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea», en *Revista Jurídica de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 12, 2012, pp. 1310-1332.

MARÍN PÉREZ, P. (QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA): «Comentario al artículo 1783», en *Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*, t. XXVII. Reus, Madrid, 1952.

MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *Los establecimientos de hospedaje: Estudio histórico. Responsabilidades que derivan para los titulares de los mismos: De Roma al Derecho actual*. Bilbao, 2006.

MARTÍ SÁNCHEZ, N. «Algunos aspectos del contrato de aparcamiento (examen urgente de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre)», en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, nº 1, 2003, pp. 1663-1671.

MARTÍN-CASALS, M.: «El daño moral», en *Derecho Privado Europeo*, coordinado por Sergio Cámara Lapuente. Colex, Madrid, 2003.

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

MARTÍN OVIEDO, J.M.: *Memento práctico: Consumo 2010-2011*. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

MARTÍN SANTISTEBAN, S.:

- *El depósito y la responsabilidad del depositario*. Aranzadi, Pamplona, 2002.
- «La responsabilidad en el contrato de depósito: su génesis histórica», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2004, pp. 133-178.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.:

- *Las ventas a plazos de bienes inmuebles*. Tecnos, Madrid, 1988.
- *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*. Colex, Madrid, 2008.

MARTON, M.G.: «Obligations de résultat et obligations de moyens», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, pp. 499- 543.

MASUCCI, S.T.: «La forma del contratto», en *Tratatto di Diritto privato europeo*, dirigido por Nicolò Lipari, vol. III. Padova, 2003.

MAZEAUD, H. ; MAZEAUD, L. ; MAZEAUD, J.: *Lecciones de Derecho Civil*, vol. IV, parte III. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

MAZEAUD, H.: «Essai de classification des obligations: Obligations contractuelles et extra-contractuelles; obligations determinées et obligation générale de prudence et diligence», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1936, pp. 1-58.

MENICHINO, C.: «Gli strumenti di scioglimento del contratto di deposito», en *Recesso e risoluzione del contratti*, dirigido por Giorgio De Nova. Milano, 1994.

MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial: Relaciones obligatorias singulares*, t.V. Buenos Aires, 1955.

MOLINARI VÍLCHEZ, W.: *La naturaleza jurídica pluriforme de la multipropiedad*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: «Comentario al artículo 153 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi, Pamplona, 2009.

MORALES MORENO, A.M.:

- «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU)», en *Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo*, vol. VIII. Consejo General del Notariado, Madrid, 1992.
- *La modernización del Derecho de obligaciones*. Civitas, Madrid, 2006.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Civitas, Madrid, 2010.
- «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Atelier, Barcelona, 2011.

MORATILLA GALÁN, I.: «El depósito se constituye no por el solo acuerdo de voluntades de las partes de encomendar y aceptar la guarda sino por la entrega de la cosa a guardar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 695, pp. 1209 -1215.

MORENO QUESADA, B.: «Problemática de las obligaciones de hacer», en *Revista de Derecho Privado*, nº 6, 1976, pp. 467-502.

MORENO MOCHOLI, M.: «Convivencia, subarriendo y hospedaje (Estudio sobre el art. 27 de la Ley de Arrendamientos de fincas urbanas)», en *Revista de Derecho Privado*, nº 37, 1953, pp. 119-129.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L.: *La prohibición de compensar las deudas derivadas del depósito y comodato*. Bosch, Barcelona, 1994.

MUNAR BERNAT, P.A.: *La regulación Española de la «Multipropiedad»*. Aranzadi, Pamplona, 2003.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*. Dykinson, Madrid, 2005.

NASARRE AZNAR, S.: «Marketing y deberes precontractuales», en *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coordinado por Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y M^a Paz Sánchez González, vol. 2. Atelier, 2012.

NOTARSTEFANO, C.: *Lineamenti privatistici delle attività turistiche*. Cacucci Editore, Bari, 1993.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «La multipropiedad», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 21, 1994, pp. 243-270.

PABLO CONTRERAS, P. DE: «La configuración jurídica de la llamada *multipropiedad* a la luz del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios», en *Conjuntos inmobiliarios y propiedad*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Barcelona, 1993.

PALAZÓN GARRIDO, M.L.:

- «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en *Derecho Contractual Comparado: una perspectiva europea y transnacional*, dirigido por Sixto Sánchez Lorenzo. Civitas, 2009.
- «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado Europeo», en *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*, dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Atelier, Barcelona, 2011.

PANIZA FULLANA, A.:

- *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Comares, Granada, 2003.
- «La protección del adquirente a distancia de servicios turísticos», en *Revista de Derecho Privado*, nº 2, 2012, pp. 7-24.

PANTALEÓN PRIETO, F.:

- «Resolución por incumplimiento e indemnización», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1989, pp. 1143-1168.
- «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 3, 1991, pp. 1019-1093.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1993, pp. 1719-1745.

PAOLUCCI, N.: «I servizi turistici», en *I contratti dei consumatori*, dirigidos por Francesco Caringella y Giuseppe de Marzo. Utet, Turín, 2007.

PARRA LUCÁN, M.A.: «Comentario al artículo 147», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi, Pamplona, 2009.

PELLISÉ PRATS, B.: «Comentario a la voz “depósito”», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI, Seix Editor, Barcelona, 1985.

PENDÓN MELÉNDEZ, M. A.: *La perfección del contrato en derecho privado (Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación)*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: «Comentario a la STS de 15 de marzo de 1990», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 23, 1990, pp. 525-536.

PÉREZ CONESA, C.: *El contrato a favor de tercero*. Comares, Granada, 1999.

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

PÉREZ MORIONES, A.: «El contrato de gestión hotelera», en *Lecciones de Derecho del Turismo*, coordinado por María Victoria Petit Lavall. Tiran lo Blanch, Valencia, 2000.

PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Daño moral por incumplimiento de contrato*. Aranzadi, Pamplona, 2006.

PÉREZ SERRANO, N.: *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*. Imprenta del asilo de Huérfanos del S. C. de Jesús, Madrid, 1930.

PICATOSTE BOBILLO, J.: «El derecho de información en la contratación con consumidores», en *Revista Jurídica de Doctrina y Jurisprudencia.*, nº 4, 2011, pp. 372-425.

PLANCQUEEL, A.: «*Obligations de moyens, obligations de résultat*», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1972, pp. 334-340.

POILLOT, E.: *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2006.

PONT, P. : «Des petits contrats», en *Explication théorique et pratique du code civil*, t. I. París, 1877.

POTHIER, R.J.: «Tratado del contrato de depósito», en *Tratado de los contratos de beneficencia*. Barcelona, 1845.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I. Bosch, Barcelona, 1988.

QUARTICELLI, P.: «Il contratto di vendita di pacchetto turistico nel nuovo Codice del turismo» en *Contratti*, nº 3, 2012, pp. 205-215

QUICIOS MOLINA, S.: «Contratos de prestación de servicios y realización de obras», en *Tratado de contratos*, vol. III, dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Valencia, 2009.

QUINTANA CARLO, I. «Jornadas sobre la responsabilidad del empresario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios de Consumo*, coordinados por José Bermejo Vera e Ignacio Quintana Carlo, núm. Extraordinario, 1987.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.M.: «Hacia un derecho contractual europeo», en *Indret*, nº 3, 2008, pp. 1-8

RAVERA, E.: *Il recesso*. Giuffrè, Milano, 2004.

REHM, G.: *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*. München, 2003.

REPRESA POLO, M.P. y DE HARO IZQUIERDO, M.: «Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento», en *Contratos civiles mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, dirigido por Mariano Yzquierdo Tolsada, t. V. Aranzadi, 2014.

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

RIESENHUBER, K.: *Europäisches Vertragsrecht*. Berlín, 2003.

RIVERO ALEMÁN, S.: *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*. Aranzadi, Pamplona, 1995.

ROCA JUAN, J.: «Comentarios a los arts. 1758 a 1789 del CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXII, vol. I, dirigidos por Manuel Albaladejo. Madrid, 1982.

ROCA TRÍAS, E.: *Derecho de Daños*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

RODRÍGUEZ AGUILERA, C. y PERÉ RALUY, J.: *Derecho de arrendamientos urbanos*, t. I. Bosch, Barcelona, 1965.

RODRÍGUEZ BUJÁN, J.: «La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes según el Derecho Español y Alemán», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 2, 1974, pp. 150-168.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: «Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS 28 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2614)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 16, 2006, pp. 277-285.

RODRÍGUEZ MARÍN, C.:

- *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*. Montecorvo, Madrid, 1991.
- «La nueva Propuesta de modificación del Código civil relativa al contrato de servicios y de obra», en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrman y Concepción Rodríguez Marín. Aranzadi, Pamplona, 2014.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E.: «La responsabilidad de los hoteleros por los efectos introducidos por los viajeros: los artículos 1783 y 1784 del Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 2008, pp. 721-834.

ROGEL VIDE, C.: «Momento y lugar de formación del contrato», en *La Ley*, nº 4, 1982, pp. 1253-1271.

ROJO AJURÍA, L.: «Comentario al artículo 3», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigido por Fernando Pantaleón Prieto. Civitas, Madrid, 1995.

ROPPO, E.: «Contratto», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, t. IV, 1989.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, M.J.: «Comentario al artículo 1», en *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la Ley sobre Derecho de Aprovechamiento por Turno*, dirigidos por José Manuel Ruiz-Rico Ruiz y Ana Cañizares Laso. Civitas, Madrid, 2000.

RUVOLO, M.:

- «Il diritto di recesso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e nei contratti a distanza», en *I contratti dei consumatori*, dirigidos por Francesco Caringella y Giuseppe de Marzo. Utet, Turín, 2007.
- «I contratti a distanza», en *I contratti dei consumatori*, dirigidos por Francesco Caringella y Giuseppe de Marzo. Utet, Turín, 2007.

SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, A.:

- «Cajas de seguridad en hoteles», en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 240, 2001, pp. 701-748.

- «El hotel no responde de los objetos de valor no entregados en recepción», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 2004, pp. 1507-1528.

SAN MIGUEL PRADERA, L.P.:

- *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 2011, pp. 1685-1724.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «Comentario al artículo 93 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi, Pamplona, 2009.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 7, 1994, pp. 1-25.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVA, I.: «La moderna regulación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual en el nuevo Derecho de la contratación: El triángulo de las Bermudas», en *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España*, dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Atelier, Barcelona, 2011.

SANTORO-PASARELLI, F.: Voz «Giusta causa», en *Novissimo Digesto Italiano*. Utet, Torino, 1981.

SANTOS BRIZ, J.: «El contrato de garaje», en *Derecho de la Circulación. Estudios*. Montecorvo, Madrid, 1976.

SANTOS MORÓN, M.J.:

- «El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados», en *Estudios sobre Consumo*, nº 42, 1997, pp. 23-38.
- «La exigencia de forma en los contratos con consumidores. Una propuesta de “lege ferenda”», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 23, 2009, pp. 223-254.

SCHULZE, R.: «Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, 2006, pp. 29-58.

SERRANO FERNÁNDEZ, M. y SÁNCHEZ LERÍA, R.: «Del Código civil a las Directivas comunitarias sobre el derecho de la contratación: un recorrido por el deber de información precontractual del consumidor», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 31, 2013, pp. 23-62.

SERRANO GÓMEZ, E.: «Comentario al artículo 1783 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coordinado por Andrés Domínguez Luelmo. Lex Nova, Valladolid, 2010.

SIMONINI, E.: «La compravendita di pacchetti turistici on-line e l'esclusione del diritto di recesso da parte del turista», en *Diritto del Turismo*, nº 1, 2007, pp. 25 y ss.

SIRENA, P.: «Effeti e vincolo» en *Trattato del Contratto*, dirigido por Vincenzo Roppo, vol. III. Milano, 2006.

SOLER VALDÉS-BANGO, A.: *El contrato de viaje combinado*. Aranzadi, 2005.

TEJEDOR MUÑOZ, L.: «Daños morales en el transporte aéreo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 692, 2005, pp. 2101-2109.

TORRALBA SORIANO, O.V.: «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», en *Anuario de Derecho Civil*, 1971, pp. 1143-1166.

TRAVIESAS, M.: «Contrato de arrendamiento», en *Revista de Derecho Privado*, 1919, pp. 1-40.

VAQUER ALOY, A.

- «Incumplimiento del contrato y remedios», en *Derecho Privado Europeo*, coordinado por Sergio Cámara Lapuente. Colex, 2003.
- «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?», en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann. Atelier, Barcelona. 2011.

VAQUERO PINTO, M.J.: *El arrendamiento de servicios*. Comares, Granada, 2005.

VATTIER FUENZALIDA, C.: «El agricultor ante la Ley de protección a los consumidores», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 3-4, 1986, pp. 5-12.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: «Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana», en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 22, 2009, pp. 253-291.

VICENTE DOMINGO, E.: «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por Luis Fernando Reglero Campos. Aranzadi, 2006.

VIDAL OLIVARES, A.: «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de Modernización del Derecho de las obligaciones y contratos español», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 16, 2011, pp. 243-302.

VILLANUEVA LUPIÓN, C.:

- *Los contratos de servicios*. La Ley, Madrid, 2009.
- *El servicio como objeto de tráfico jurídico*. La Ley, Madrid, 2009.

YZQUIERDO TOLSADA, M.:

- *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*. Reus, Madrid, 1989.
- *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Dykinson, Madrid, 2001.

ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho Privado Europeo*. Civitas, Madrid, 2000.

ZORZI GALGANO, N.:

- «Lo *jus se poenitendi* del consumatore», en *Vita Notarile*, nº 2, pt. 1, 2007, pp. 555-586.
- «Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà», en *Contratto e Impresa*, nº 4-5, 2011, pp. 1193-1263.

ZUDDAS, G., y OTROS. *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*. Giuffrè, Milano, 1994.

