

La responsabilidad de los hoteleros por los efectos introducidos por los viajeros: los artículos 1783 y 1784 del Código Civil

M.ª EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Profesora Contratada Doctora
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Los artículos 1783 y 1784 CC han sido aplicados de manera uniforme y automática, en general, por la jurisprudencia, sin la debida distinción de los casos a los que deben aplicarse y consiguiente exclusión de los demás, pues no todos se pueden considerar incluidos en los mismos, ni todos merecen, en consecuencia, idéntico tratamiento. La prestación comprometida por el empresario hotelero en cada caso, una actividad diligente de custodia o un deber genérico de cuidado, debe determinar el régimen de la responsabilidad, de carácter contractual, de este profesional, al que el Código Civil reputa «depositario». La tesis tradicional de la responsabilidad objetiva y agravada debe someterse a revisión por cuanto, si bien es cierto que puede ser una responsabilidad agravada en relación con la general, no lo es por las razones habitualmente alegadas (la responsabilidad incluso por caso fortuito), ni tampoco se ignoran de manera absoluta la culpa o la diligencia en la delimitación de esta responsabilidad; a ello se une la necesidad de circunscribir esa responsabilidad de mayor alcance sólo a algunos de los casos en que se pueda generar, que no han de ser precisamente aquellos para los que se ha postulado tradicionalmente. La delimitación de las causas exoneratorias de responsabilidad, la restringida fuerza mayor que contempla el artículo 1784 y la falta de observancia por los clientes de las advertencias del empresario sobre cuidado y vigilancia de sus pertenencias a que se refiere el artículo 1783, es imprescindible, sobre todo en relación con ésta última, respecto de la que se detectan algunas contradicciones entre el régimen codicial y normativa reglamentaria; aclaradas éstas, puede concluirse con la nulidad de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad en la esfera de riesgo que corresponde al hotelero y con su validez fuera de ese ámbito. Para la indemnización al cliente, las dificultades de prueba de la preexistencia y del valor de los objetos desaparecidos aconsejan una posición flexible, basa-

da en pautas de normalidad, como han declarado distintas resoluciones judiciales. Parece que el montante de la indemnización no debería limitarse al valor de los bienes sustraídos, debiendo comprender otro daño emergente y el lucro cesante, o, como se ha mantenido en algunas sentencias, un valor de uso o un valor de afección, si bien en función de los casos.

PALABRAS CLAVE

Depósito necesario/depósito voluntario, obligación de custodia, responsabilidad contractual, responsabilidad objetiva y agravada, diligencia, caso fortuito, esfera de riesgo, responsabilidad del empresario o profesional, cláusulas exoneratorias, daño emergente, daño moral.

SUMARIO: 0. *Introducción.* I. *Supuesto de hecho de los artículos 1783 y 1784: ¿cosas meramente introducidas en el establecimiento o cosas entregadas para su custodia? Prestaciones comprometidas en cada caso.* 1. Entrega de objetos para la custodia en cajas fuertes. Referencia al supuesto particular de las cajas fuertes individuales de las habitaciones. 2. Mera introducción de las pertenencias de los huéspedes en el hotel.—II. *Responsabilidad contractual/extracontractual.*—III. *Responsabilidad objetiva/por culpa. Responsabilidad agravada.* 1. Sustracción de efectos en las habitaciones o dependencias del hotel: régimen de responsabilidad de los artículos 1783 y 1784. 1. 1. La responsabilidad «agravada» del fondista: posible fundamento de esta consideración. 1.2. La responsabilidad objetiva del fondista. Influencia de la culpa en la delimitación de su responsabilidad. 2. Sustracción de efectos depositados en cajas fuertes: régimen de responsabilidad contractual general. Posible responsabilidad agravada del hotelero. 3. Responsabilidad por hechos ajenos.—IV. *Requisitos de aplicación del régimen contenido en los artículos 1783 y 1784.* 1. Dar comunicación al hotelero de los efectos que se introducen en el establecimiento. 2. Observar las prevenciones del hotelero sobre el cuidado y vigilancia de los efectos.—V. *Indemnización.* 1. Prueba de la preexistencia y del valor. 2. Indemnización del valor de los efectos sustraídos, del valor de afección y del daño moral.—VI. *¿Se aplican los artículos 1783 y 1784 a otro tipo de establecimientos?*—VII. *Un supuesto especial: la sustracción del vehículo o de los efectos contenidos en él.*

0. INTRODUCCIÓN

El Código Civil español no ha sido reformado en materia de responsabilidad de los hoteleros por la desaparición de las pertenencias de los clientes, reforma que sí han experimentaron otros Códigos de nuestro entorno, por lo que subsiste la redacción originaria de los artículos 1783 y 1784. De modo que así como en otros países, como Francia, Italia o Alemania existe una regulación más precisa de la

cuestión, que intenta responder a los problemas que suscita la responsabilidad del empresario en un ámbito caracterizado por la masificación del mercado, en España se mantiene una disciplina que ya hace décadas era calificada por la doctrina de desfasada y obsoleta. Dicha reforma vino impulsada por la firma de la Convención del Consejo de Europa de 17 de diciembre de 1962 sobre responsabilidad de los hoteleros por las cosas introducidas por el cliente en el hotel¹, con la que se pretendía la adopción de un sistema que tratara de armonizar los intereses de ambas partes en el contrato; no se trataba ya de considerar responsable al hotelero en todo caso, salvo reducidas causas exoneratorias, por la tradicional desconfianza hacia el mismo que justificó las primitivas regulaciones del régimen de su responsabilidad, sino de conseguir una disciplina que equilibrara mejor los intereses de empresario, a quien conviene limitar a un máximo su responsabilidad por las cosas no custodiadas (para inducir al cliente a entregar las cosas de mayor valor), y huésped, a quien debe estar permitido llevar a su habitación sus efectos personales con cierta tranquilidad y garantía².

Con todo, en España se ha ido consagrando una interpretación doctrinal y jurisprudencial de los artículos 1783 y 1784 que ha intentado aproximar estos preceptos al sistema de responsabilidad objetiva imperante en otros Códigos europeos. En numerosas resoluciones judiciales se alude, así, a la Convención europea y a la conveniencia de un sistema de responsabilidad por riesgo. El problema es que esa versión adaptada de los artículos 1783 y 1784, aunque loable en su finalidad, ha generado mayor confusión, porque se ha mantenido en muchas ocasiones sin distinguirse los diversos supuestos que pueden originarse y traspasando soluciones, apropiadas para unos, a otros que demandan otra respuesta. Este trabajo pretende demostrar que es posible una nueva lectura de nuestros preceptos legales, capaz de acomodarlos al sistema europeo, y que la misma pasa precisamente por una revisión de los distintos casos, de las diferentes prestaciones comprometidas y, en consecuencia, de los diversos regímenes de responsabilidad a aplicar.

Los artículos 1783 y 1784 del Código Civil constituyen una muestra más de esas normas para las que se va asentando una «interpretación oficial», a la que se llega a base de repetirse ciertas reglas que se dan por indiscutibles. Así, suele señalarse que en los casos de entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte del hotel sí estamos ante un auténtico depósito, pero no en el caso que

¹ El BGB fue adaptado por Ley de 24 de marzo de 1966, el Código Civil francés por Ley de 24 de diciembre de 1973, y el Código Civil italiano por la Ley de 10 de junio de 1978.

² JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 524.

regulan dichos preceptos, el de la introducción de las pertenencias por los clientes en el establecimiento hotelero, resultando que esta afirmación choca abiertamente con el tenor literal del artículo 1783, que reputa depósito necesario también este último caso. A continuación, suele sostenerse que el legislador reconduce el caso a la regulación del depósito a los solos efectos de responsabilidad, esto es, para establecer el régimen de responsabilidad del fondista, que ha de ser, en virtud del artículo 1783, el del depositario; tesis que sorprende también, puesto que para el hotelero se disponen específicas reglas en los artículos 1783 y 1784, de manera que la equiparación al depositario deberá ser a otros efectos, pero no con el fin de ordenar la aplicación del régimen de responsabilidad del depositario (que, por otra parte, es el general de responsabilidad contractual). Siguiendo con los ejemplos, es lugar común en la doctrina entender que la que disponen los artículos 1783 y 1784 es una responsabilidad excepcional y agravada, de mayor alcance que la que corresponde al deudor en general, pues el titular de un establecimiento hotelero responde no sólo por los hechos de sus empleados, sino también por los hechos de extraños; interpretación que no resulta demasiado acertada si se tienen en cuenta que en responsabilidad contractual el deudor responde por el incumplimiento de sus auxiliares, y que los hechos de extraños no constituyen caso fortuito que exonere de responsabilidad en todos los casos, como no lo es en aquellos en que las características de la relación contractual conducen a considerarlos riesgo propio de la actividad empresarial comprometida. Para terminar con este muestreo, también es habitual considerar que el Código Civil impone al fondista una responsabilidad objetiva, por riesgo profesional, ajena a la idea de culpa; interpretación que es correcta, pero que es necesario matizar, en el sentido de que la esfera de riesgo que se atribuye al hotelero viene delimitada por la diligencia exigible al mismo como profesional o empresario. En fin, parece que se hace necesaria una reflexión sobre la que podríamos denominar «versión oficial» de las citadas normas legales.

Por su parte, los tribunales aplican indiscriminadamente los artículos 1783 y 1784 a todo supuesto de falta de restitución de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros. Justificadamente, quizá, a simple vista, puesto que dichos preceptos no hacen distinción alguna de supuestos. Se han convertido en paradigmáticas las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598) y 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), cuya doctrina es repetida hasta la saciedad en otras resoluciones judiciales, en unos casos para los mismos hechos, la entrega de las pertenencias de los viajeros para su cus-

todia en la caja fuerte³, y en otros para hechos distintos, como la sustracción de los efectos que se hallaban en la habitación o dependencias del hotel⁴. Pero el examen de la jurisprudencia indica que se hace necesario separar diferentes casos, pues la diversidad de circunstancias requiere soluciones específicas. No obstante, con el fin de evitar una clasificación excesivamente casuística, parece procedente agrupar los distintos supuestos en dos grandes apartados: uno de ellos vendría constituido por la sustracción de los objetos que se hallaban en las habitaciones de los huéspedes o en las dependencias del hotel; el otro se referiría a la sustracción de las pertenencias que los viajeros hubieran entregado para su custodia en cajas fuertes. Es obvia la existencia de matices entre los casos agrupados en un mismo apartado, pues no es igual el robo de los efectos en las habitaciones que en las dependencias comunes del establecimiento, ni tampoco es lo mismo cualesquiera que sean estos espacios comunes (por ejemplo, el robo del vehículo en el aparcamiento del hotel no es equiparable al de un abrigo en el vestíbulo). Asimismo, tampoco son idénticos los casos de sustracción de cosas entregadas para su custodia en la caja fuerte central del hotel y los supuestos de robo de cosas introducidas en la caja fuerte individual de cada habitación. Sin embargo, las consideraciones que desarrollaremos a lo largo de este trabajo permiten trazar esta distinción en dos grandes grupos. Y dentro del primero, el de la desaparición de las pertenencias del cliente en las dependencias comunes, todavía habría que separar otro supuesto, consistente en la sustracción del equipaje del viajero antes de contratar el hospedaje, cuando simplemente se halla en el establecimiento solicitando información sobre el mismo o inspeccionándolo.

¿A cuál de todos estos supuestos se refieren los artículos 1783 y 1784? Según la jurisprudencia, a todos, pero creemos que no debe ser así. Dichas normas califican como depósito necesario el hecho de introducir el cliente sus pertenencias en el hotel. Parece, por tanto, que el régimen especial de responsabilidad contenido en estos preceptos será aplicable cuando nos hallemos ante un depósito necesario. ¿Lo es todo supuesto de introducción de objetos por el cliente? Según la ley, que no distingue, sí. Pero la atención a las peculiaridades de los distintos casos enumerados pone de manifiesto que esa calificación puede no ser correcta en alguno de ellos. Así, quizá sea más acertado entender celebrado un contrato de

³ SSAP de Málaga de 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907), 5 de mayo de 2001 (JUR 2002/44398) y 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/145206), Valencia 13 de diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), Granada 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168).

⁴ SSAP de Málaga de 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247), 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), y 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773), Almería 3 de diciembre de 1999 (AC 1999/2576), Sevilla 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082), Cádiz 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531), Las Palmas 6 noviembre de 2001 (JUR 2004/114817).

depósito voluntario ante ciertas hipótesis. Por poner un ejemplo, cabe pensar en un depósito necesario cuando se trata de la introducción del equipaje por el cliente en su habitación, pero habrá que considerar depósito voluntario la entrega bajo recibo de determinados objetos para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento. Mas ello nos conduce a resultados contradictorios, teniendo en cuenta que la calificación jurídica tendrá consecuencias de orden jurídico, y, por lo que a nosotros nos interesa, resultados diferentes en orden al régimen de responsabilidad aplicable a cada caso. Siguiendo con el ejemplo anterior, cuando se tratara del equipaje (quizá de escaso valor) meramente introducido por el viajero en la habitación, resultaría de aplicación el régimen especial consagrado en los artículos 1783 y 1784, que se juzga más riguroso que el general. Pero tratándose del depósito voluntario de objetos en la caja fuerte del hotel (en los que cabe presuponer mayor valor), la remisión del artículo 1766 obliga a estar a las normas generales sobre responsabilidad contractual, consideradas menos severas. ¿No es esto un contrasentido? Lo es, sin duda, si se comparte la tesis de la responsabilidad agravada del hotelero, pero esta incoherencia se puede superar mediante la interpretación que en este trabajo proponemos, que conduce al resultado contrario, esto es, a considerar más rigurosa la responsabilidad del fondista que presta un servicio cualificado de depósito de los concretos objetos entregados de forma particular por el viajero para su especial custodia.

No es esta la única dificultad que suscita el tema de la responsabilidad de los hoteleros por los efectos de los viajeros. Así, se ha planteado también el carácter, contractual o extracontractual, de esta responsabilidad, aunque predomina la primera opinión tanto en doctrina como en jurisprudencia. Asimismo, se ha discutido si es una responsabilidad objetiva, derivada del riesgo profesional, o una responsabilidad por culpa, afirmándose de forma mayoritaria la primera opción, si bien se pueden encontrar sentencias que, tras esa primera afirmación, pasan a analizar la negligencia del hotel o del cliente. Incluso se ha puesto en duda que se trate de un régimen especial de responsabilidad, agravado, pues algún autor opina que por las normas generales de responsabilidad contractual cabría llegar a idéntico resultado. Y aún más, ¿estamos realmente ante un contrato de depósito o ante un depósito necesario? No faltan autores que lo niegan, y que entienden que la expresión legal «se reputa» indica una equiparación de supuestos distintos.

Y los problemas no acaban ahí, pues se pueden anunciar otros, aunque sobre algunos se hayan detenido menos doctrina y jurisprudencia. Uno de ellos es el de la validez de las cláusulas exonerato-

rias o limitativas de la responsabilidad del hotel, utilizadas de forma habitual por estos establecimientos, mediante avisos en puertas o paredes o en la documentación entregada al cliente al inicio de su estancia. La jurisprudencia ha considerado que el incumplimiento de estas advertencias por el viajero exonera de responsabilidad al hotelero, pues es uno de los presupuestos contenidos en el artículo 1783. Pero habrá que determinar para qué casos es así y, para los que no lo sea, contrastar este tipo de cláusulas con la normativa sobre protección de los consumidores y usuarios, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas⁵.

I. SUPUESTO DE HECHO DE LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784: ¿COSAS MERAMENTE INTRODUCIDAS EN EL ESTABLECIMIENTO O COSAS ENTREGADAS PARA SU CUSTODIA? PRESTACIONES COMPROMETIDAS EN CADA CASO

Ya se ha adelantado que, en orden a determinar la responsabilidad del hotelero por la desaparición de las pertenencias de los clientes, es conveniente distinguir varios supuestos, y que los artículos 1783 y 1784 no serán aplicables a todos. En relación con el objetivo que perseguimos, analizar el régimen de responsabilidad del titular del establecimiento, nos parece que el criterio distintivo fundamental

⁵ Es conveniente transcribir lo que dispone la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sobre clasificación de los establecimientos de hostelería, por ser un texto muy frecuentemente citado en la jurisprudencia, aunque en la mayoría de los casos parcialmente. En efecto, lo usual es citar, de forma incompleta, el artículo 78, que dispone lo siguiente:

«1. En todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que a tal efecto sean entregados, bajo recibo, por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro en los supuestos y en las condiciones establecidas en los artículos 1783 y 1784 del Código Civil.

2. 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 de ellos o de sus empleados.

3. 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 1 de este artículo.»

Estas normas se contienen en la sección «De la prestación de los servicios» de la citada Orden Ministerial, y, aunque ésta es ciertamente antigua, subsiste a nivel estatal, junto con el Real Decreto 1634/1983, de 15 de junio, de ordenación de los establecimientos hoteleros, que extendió a los establecimientos de tres estrellas la exigencia de disponibilidad de cajas fuertes de uso individual. Con posterioridad se han publicado otras a nivel autonómico, que inciden en la clasificación y categorías de los establecimientos hoteleros.

para trazar esa clasificación no puede hallarse sino en las distintas obligaciones que incumben al fondista en cada caso, cuyo incumplimiento genera el deber de indemnizar. Lo decisivo es que el titular del establecimiento haya asumido una obligación específica de custodia de determinados objetos, o que, por el contrario, sin asumirla mediante la celebración de un contrato *ad hoc*, deba observar un deber de conducta en relación con la guarda del equipaje del huésped. En el primer caso el hotelero incumple si no presta una actividad diligente de custodia, prestación principal de un contrato de depósito. En el segundo incumple en todo supuesto de sustracción de los efectos del viajero, por ser éste un riesgo que entra en su esfera de control de acuerdo con una diligencia genérica como profesional o empresario; mas, conviene advertir, como profesional o empresario del sector hostelero y no del campo del depósito o de los contratos de custodia. De este criterio basado en las diferentes prestaciones prometidas surge la distinción que hemos trazado en dos grandes apartados: uno, el de los efectos entregados para ser custodiados mediante un cuidado especial (cajas fuertes), y otro, el de los objetos que se hallan simplemente en las dependencias del hotel o en las habitaciones sin adoptarse ninguna precaución especial.

¿A cuál de ellos se refieren los artículos 1783 y 1784? ¿A qué casos es aplicable el régimen especial que establecen estas normas? Creemos que sólo al segundo, esto es, a la sustracción de los efectos en las habitaciones o dependencias del hotel, por varias razones. En primer lugar, la calificación como depósito necesario contenida en el artículo 1783 claramente alude a un depósito, el del equipaje, que no es espontáneo y tiene lugar forzosamente, por las circunstancias (por la estancia en el establecimiento), y que se contrapone a un depósito voluntario, esto es, a la entrega voluntaria al fondista de determinados objetos para su guardia y posterior restitución. En segundo lugar, la expresión «introducidos» que utiliza el mismo precepto corrobora lo anterior, y contrasta abiertamente con la obligación de entrega que genera el típico depósito voluntario⁶.

⁶ O con la entrega que da lugar al nacimiento de la relación contractual de depósito, si se quiere partir de que este es un contrato real.

NAVARRETE, «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», RDM, 1958, II, p. 277, explica que el depósito es un contrato real, que requiere la tradición, como exigen los artículos 1758 y siguientes; y en el caso de los hoteles, sigue, o bien hay tradición material de las cosas entregadas para su custodia en cajas fuertes, o bien hay que interpretar que la entrega al depositario se ha efectuado por la simple entrega material de las maletas al mozo de equipajes del hotel. También son partidarios de la naturaleza real del contrato de depósito CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1985, p. 681; CAPILLA RONCERO, *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, dir. por A. López, V. L. Montés y E. Roca, Valencia, 2001, p. 483.

Admiten un contrato consensual de depósito ROCA JUAN, «Comentario a los artículos 1758-1789», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXII, vol. 1.º, Madrid, 1982, pp. 190-195; HUALDE MANSO, «La obligación de custodia en el depósito»,

En tercer lugar, si, como entiende la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, en dichas normas se dispone una responsabilidad objetiva por el riesgo inherente al carácter público del establecimiento y a las características de la actividad empresarial, sólo serán aplicables cuando efectivamente concurra el peligro que contemplan, y no cuando las partes hayan adoptado ciertas precauciones que lo excluyen *a priori*; esto es, que sólo cabrá su aplicación cuando las circunstancias, por la ubicación o situación de las cosas, propicien el riesgo de sustracción de las cosas previsto en las normas, pero no cuando ese riesgo ha sido evitado de antemano por las partes, hotelero y cliente, pactando una custodia especial de determinados objetos que quedan excluidos del riesgo de sustracción.

Pues bien, aunque estas razones parezcan claras, existen sentencias que aplican los artículos 1783 y 1784 al supuesto que no prevén, es decir, al robo de joyas o dinero entregados para su custodia en la caja fuerte del hotel. Ocurre así en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), y de las Audiencias Provinciales de Santa Cruz de Tenerife de 22 de julio de 1998 (AC 1998/1638), de Valencia de 13 diciembre de 2001 (JUR 2001/65557), de Madrid de 16 de julio de 2002 (JUR 2002/9125), de las Palmas de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) y 27 de enero de 2006 (JUR 2006/155557), de Málaga de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001/92178), 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907), 5 diciembre de 2002 (JUR 2002/44398), y 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/145206). Pero es más, parece que el Tribunal Supremo opera sobre la base de que en los artículos 1783 y 1784 cabe todo. Así, en la sentencia de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), en relación con la entrega de una bolsa que contenía joyas para su guarda en la caja fuerte del establecimiento, el Alto Tribunal considera aplicables dichos preceptos, rechazando que en el caso existiese un contrato de depósito voluntario, y afirmando que la responsabilidad del hotelero trae su causa en el contrato de hospedaje celebrado y nace por el hecho de la introducción en el hotel de los efectos por el huésped. Y en la sentencia de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696)⁷, para la aplicación de la causa de exención de responsabilidad prevista en el artículo 1784, el robo a mano armada, el Tribunal Supremo entiende que en la norma «no se distingue si el viajero entregó sus efectos en el establecimiento o él mismo los conservó bajo su custodia, obser-

Revista Jurídica de Navarra, 1991, núm. 12, pp. 93-104; BADOSA COLL, «Comentario a los artículos 1758-1789», *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 1640 y 1645; Díez SOTO, *El depósito profesional*, Barcelona, 1995, pp. 35-46.

⁷ Sentencia comentada por PÉREZ ÁLVAREZ, *CCJC*, 1990, núm. 23, pp. 525 ss.

vando las precauciones que le hayan indicado. En uno y otro caso se trata de un depósito necesario que no requiere aceptación del fondista ni concertación expresa de un contrato de depósito voluntario». Que en ambos casos se trate de un depósito necesario o no, es cuestión que abordamos más abajo, pero lo que sí podemos señalar ahora es que, aunque el artículo 1784 no distinga diferentes casos, de su tenor literal, junto con el del artículo 1783, se puede deducir que no se refiere al supuesto de entrega de los objetos al titular del establecimiento para su guarda mediante dispositivos específicos.

La confusión puede venir abonada por lo que dispone la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, cuyo artículo 78, párrafos 1.º y 3.º, establece que en todos los establecimientos «se prestará» un servicio de custodia para los objetos de valor, del que el fondista ha de avisar a los clientes, no pudiendo éstos exigir responsabilidad alguna por los que no hayan sido entregados para esta custodia, y rigiéndose la responsabilidad del hotelero cuando sí hayan sido entregados por los artículos 1783 y 1784. Esta norma reglamentaria ha inducido a algunos autores a pensar que es precisamente en relación con los objetos valiosos con los que se debe hablar de un depósito necesario, pues el hotelero se halla obligado a constituirse en depositario de los que el huésped le entregue, y éste ha de hacerlo como presupuesto de la responsabilidad del empresario⁸. Asimismo, en algunas resoluciones judiciales se ha sostenido que la entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento es el depósito necesario a que se refieren los artículos 1783 y 1784, y, como hemos señalado, muchas sentencias aplican estas normas a esos hechos, sustracción de objetos ubicados en cajas de seguridad. En particular, en la sentencia de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696) el Tribunal Supremo alude al

⁸ ROCA JUAN, *ob. cit.*, p. 301, deriva de la norma reglamentaria una doble trascendencia: la primera consiste en que el hospedaje conlleva el deber del hotelero de constituirse en depositario de los valores que se le entreguen para su custodia, convirtiendo así el depósito, en cuanto servicio debido por el hotelero al solo requerimiento del huésped, en un verdadero depósito necesario (para el hotelero); la segunda consiste en que respecto de los objetos de valor la custodia y responsabilidad del hotelero sólo se genera mediante un depósito obligado para éste, pero expresamente constituido mediante la entrega, de manera que respecto a los efectos valiosos puede producirse un doble contrato: el de servicios y el de depósito, siendo este último puramente accesorio y que puede darse o no, según lo exija el huésped.

JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS de 27 de enero de 1994», *CCJC*, 1994, núm. 34, p. 369, afirma que nos hallamos ante un depósito necesario, pues la celebración del contrato es obligatoria para el hotelero; pero ello no impide, sigue el autor, que nos hallemos ante un verdadero contrato (como tampoco deja de ser contrato el seguro obligatorio), y que sea un contrato de depósito accesorio al principal de hospedaje.

DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 159, plantea si puede seguir manteniéndose la idea de contrato en estos supuestos y si hay obligación de contratar a cargo del depositario, a quien la normativa administrativa, como ocurre en el sector hotelero, impone la obligación de aceptar en custodia determinados objetos. Pero concluye el autor que en estos supuestos se da más bien el esquema de la invitación a ofrecer, y que el empresario se reserva la última decisión sobre la conveniencia de contratar o no, supeditándola a la concurrencia de determinados requisitos y presupuestos.

deber del hotelero de constituirse en depositario de los valores que se le entreguen para su custodia o depósito, como resulta de la Orden Ministerial de 1968, y la Audiencia Provincial de Cádiz entendió en la sentencia de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) que la doctrina jurisprudencial tradicional estaba pensada para los casos de entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte central del hotel.

Ciertamente, si es depósito necesario el constituido en cumplimiento de una obligación legal (art. 1781), habría de serlo el de los objetos valiosos entregados por los huéspedes al fondista en cumplimiento de lo que dispone la Orden Ministerial. Pero nosotros creemos que la calificación de depósito necesario contenida en el artículo 1783 se refiere al supuesto de objetos meramente introducidos en el hotel, y no al de objetos entregados para el servicio especial de custodia por varias razones. El artículo 1783 ya aludía al depósito necesario antes de que se publicara la norma reglamentaria conteniendo la necesidad de depositar los objetos de valor. Y además de hacerlo antes de la publicación de la Orden Ministerial, el artículo 1783 se refería a los objetos «introducidos» por los viajeros en fondas y mesones. Por ello, parece que la calificación de depósito necesario respondía más a las circunstancias del caso, esto es, a la necesidad de que las pertenencias de los huéspedes vayan con ellos, que a la obligatoriedad de la entrega de los objetos de mayor valor para una custodia especial. Ciertamente que uno de los requisitos que a continuación contiene el artículo 1783, dar conocimiento al hotelero de los efectos introducidos, tiene sentido en relación con los efectos valiosos, y no con los de uso cotidiano y escaso valor, pero el establecimiento de dicho requisito podía tener sentido en la época en que se redactó la norma y toda la doctrina considera hoy que es inaplicable en relación con el equipaje del cliente en general, respecto del que basta su introducción no clandestina. Sencillamente la norma reglamentaria quiso desarrollar después el otro requisito dispuesto en el artículo 1783, observar las prevenciones del empresario acerca de la seguridad y vigilancia del equipaje, y lo hizo estableciendo la exigencia de un contrato de depósito para los objetos valiosos como presupuesto de la responsabilidad del hotelero en relación con estas cosas, pero sin que ello suponga alterar la naturaleza voluntaria de este contrato de depósito, que queda a voluntad de las partes⁹, y sin que ello altere lo

⁹ La celebración de un particular contrato de depósito queda a voluntad de las partes, pues el cliente puede preferir continuar en la posesión de sus pertenencias asumiendo el riesgo de su sustracción en lugar de entregarlas al hotelero, y éste puede, como reconoce unánimemente la doctrina, reservarse el derecho de no aceptar la custodia de determinados objetos, por su naturaleza o por su excesivo valor. Lo que impone la normativa administrativa es la necesidad de contar con un servicio de custodia, pero no la obligación de que se celebre en todo caso un contrato de depósito.

dispuesto en relación con los objetos no valiosos, que son «necesariamente» introducidos en el establecimiento. A estas cosas meramente introducidas en el hotel se refiere el artículo 1783, disponiendo que existe un depósito necesario y que el hotelero responde como depositario.

No obstante, si el depósito necesario se rige por las normas del voluntario (art. 1782), es irrelevante la discusión acerca de cual de los dos supuestos (cosas introducidas o cosas entregadas) recibe la consideración de depósito necesario; pero el debate cobra sentido si se tiene en cuenta que, aunque el Código reputa necesario el supuesto, no remite a continuación a las normas del depósito, sino que establece reglas especiales de responsabilidad, de modo que habrá que determinar a qué supuesto se aplican. En suma, el «depósito necesario» al que se refiere el artículo 1783 para regular un régimen particular de responsabilidad del empresario, en el propio artículo y en el 1784, es el de las cosas que se introducen en el establecimiento por el cliente, cualquiera que sea su valor, por el simple hecho de ser suyas y de tener que ir con él, «depósito» que se impone al empresario si celebra con el cliente el contrato de hospedaje.

Una vez aclarado esto, el paso siguiente sería preguntarse por la trascendencia de la equiparación del hotelero al depositario. Si al titular del establecimiento se le entregan cosas para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento, es un depositario claramente porque ha de entenderse celebrado un contrato de depósito. Si, en cambio, no se entrega nada, pero los objetos son introducidos en el establecimiento, el hotelero responde como depositario, en virtud de los artículos 1783 y 1784. Y si esto es así, podría pensarse que el régimen de la responsabilidad del hotelero es igual en cualquier caso. Pero esta fácil conclusión ha de desaparecer si se tiene en cuenta que, aunque los preceptos mencionados disponen que el fondista responde como depositario, a la vez establecen normas especiales de responsabilidad. Por tanto, 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 artículos 1783 y 1784. De manera que el único punto común a ambos supuestos (efectos entregados o efectos meramente introducidos) es la referencia al depósito, pero cada uno se rige por normas distintas en cuanto a la responsabilidad del fondista.

En las resoluciones judiciales suele hacerse aplicación de las ideas de depósito, voluntario o necesario, y de los preceptos acerca

de estas figuras contractuales, como no podía ser de otra manera, habida cuenta del tenor literal del artículo 1783 y de su ubicación. Y la doctrina ha discutido si nos hallamos ante un verdadero depósito, en ocasiones sin distinguir los supuestos que pueden plantearse. La cuestión no es meramente terminológica, pues si, como hemos dicho líneas más arriba, el régimen de responsabilidad del fondista depende de las prestaciones comprometidas por el mismo, puede ser útil examinar si sus obligaciones son las propias del depositario. Hay que destacar que el artículo 1783 dispone que el hotelero responde como depositario, pero, a continuación, en lugar de remitirse a las normas que regulan la responsabilidad en el depósito, establece un régimen especial. ¿Qué significa entonces la equiparación del fondista al depositario? Si no se refiere a la manera en que responde ¿se refiere a las obligaciones cuyo incumplimiento genera la responsabilidad? Si responde con el alcance que regulan los artículos 1783 y 1784, pero como depositario, habrá que deducir que responde como disponen dichos artículos, pero por el incumplimiento de las obligaciones propias del depositario en general. En suma, responde por el incumplimiento de la obligación de custodia típica del depósito¹⁰.

En definitiva, preguntarse si estamos ante un auténtico depósito, como dispone el artículo 1783, equivale a plantearse la exigibilidad de la obligación de custodia al hotelero. En el epígrafe siguiente planteamos el tema de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad del hotelero, cuestión que podría venir condicionada por la que ahora se trata: sólo cuando haya verdadero contrato de depósito, se desencadenará una responsabilidad contractual. Por tanto, únicamente en los casos de entrega de las pertenencias de los huéspedes para su custodia en cajas fuertes de seguridad cabría afirmar una responsabilidad contractual, mas no

¹⁰ Así, ROCA JUAN, *ob. cit.*, p.164, sostiene que existen supuestos en los que el legislador utiliza el concepto de depósito a los fines de atribuir en situaciones distintas del contrato de depósito, las responsabilidades características del que tiene la obligación de guardar: la ley habla de depósito o atribuye las obligaciones y responsabilidades de un depositario en situaciones que originan deberes y responsabilidades que se miden y determinan por lo establecido para el depositario.

JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 501, afirma que en el artículo 1783 el legislador invoca el depósito como arquetipo de la custodia; al hotelero se le impone, como al depositario, una obligación de custodia. Pero se trata, sigue, de una obligación legal sin entrega de cosas, mientras que en el depósito se trata de una obligación contractual que presupone la entrega necesariamente. Es a la amplia idea de custodia, termina Jordano Fraga, a la que equivocadamente –tomando la parte por el todo– se refiere el Código Civil al hablar de depósito.

MARTÍN SANTISTEBAN, *El depósito y la responsabilidad del depositario*, Pamplona, 2002, p. 164, mantiene que el legislador, deseoso de equiparar la responsabilidad derivada de su obligación de custodia a la de los depositarios, ha reputado como contrato de depósito un supuesto que no tiene naturaleza contractual y que sólo comparte con el depósito la idea de custodia (la cursiva es mía en ambos casos).

en los supuestos de sustracción del equipaje meramente introducido en el hotel. Ahora bien, la naturaleza contractual de la responsabilidad del hotelero se debe seguir planteando, pues para estos últimos casos el Código Civil equipara al fondista al depositario, lo que puede suponer trasladar al contrato de hospedaje la obligación contractual de custodia del depositario. No obstante, conviene empezar por exponer las características propias del depósito y de las obligaciones propias del mismo, para después trasladarlas a los casos de introducción de las pertenencias de los huéspedes en el hotel.

Aunque se ha discutido cuál es la obligación principal en el contrato de depósito, la de custodia o la de restitución (respecto de la cual la de custodia sería accesoria o instrumental), la doctrina mayoritaria se inclina por la obligación de custodia, considerándola principal y determinante en el depósito¹¹. Se trata de una obligación de hacer prevista en los artículos 1758 y 1766, que ha de ser cumplida observando la diligencia de un buen padre de familia (art. 1104, aplicable por la remisión al título I del libro IV contenida en el art. 1766). Esta obligación de custodia delimita la situación posesoria del depositario, al que se entrega la cosa para guardarla.

El desplazamiento posesorio de los objetos, que el depositante ha de entregar y el depositario recibir, se halla estrechamente ligado a la obligación de guarda del depositario. Éste, se dice por la doctrina, ha de poseer o tener la cosa¹². Díez Soto insiste especial-

¹¹ ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 166-168, 217-221; CASTÁN, *ob. cit.*, p. 680; HUALDE MANSO, *ob. cit.*, pp. 70-74, 86-88, 111; BADOSA COLL, *ob. cit.*, pp. 1654-1656; DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, pp. 46-48, 66-69, 158; OZCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Barcelona, 1997, 187-192; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 482; MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 36-49; LACRUZ-SANCHO-LUNA-DELGADO-RIVERO-RAMS, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Madrid, 2002, pp. 241 y 245; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Madrid, 2004, p. 815; HERNÁNDEZ GIL, «Comentario a los artículos 1758-1789», *Comentario del Código Civil* coord. por I. Sierra Gil de la Cuesta, 2.ª ed., Barcelona, 2006, pp. 569 y 580; SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario a los artículos 1758-1789», *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Pamplona, 2006, pp. 2033, 2043.

¹² ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 171 y 217-221, afirma que el desplazamiento posesorio de la cosa desde el deponente hasta el depositario es un presupuesto sin el cual no nace para éste la obligación de guardar y restituir. BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1634, insiste en caracterizar el depósito como una situación posesoria que se constituye desde la recepción de la cosa por el depositario; precisamente la falta de entrega y consiguiente ausencia de posesión impiden, a juicio de este autor, que pueda considerarse auténtico depósito la introducción de sus pertenencias en el hotel por parte de los huéspedes. DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 77-79, sostiene que la posesión inmediata o tenencia material es el dato que caracteriza la obligación de custodia propia del contrato de depósito, y es el criterio para diferenciar este contrato de otros supuestos próximos; así, es el criterio para distinguirlo del depósito necesario de cosas introducidas en fondas y mesones (arts. 1783 y 1784), que supone la aplicación de un régimen especial de responsabilidad pero no la asunción de una específica obligación de custodia mediante tenencia de los efectos en cuestión. OZCÁRIZ MARCO, *ob. cit.*, pp. 29, 30, 58-64, 66, 319-334, mantiene que los elementos definitivos

mente en que la tenencia material es el dato que caracteriza esencialmente la obligación de custodia propia del contrato de depósito: el depositario se obliga a custodiar mediante el ejercicio de un control directo, inmediato y excluyente sobre la cosa, mediante su posesión inmediata¹³. Esa tenencia material ha de referirse, además, a cosa determinada, por lo que presupuesto necesario de la obligación de custodia es la individualización de la cosa que ha de guardarse.¹⁴

Tan esencial al depósito se considera la posesión inmediata de los objetos, que la doctrina suele rechazar el subdepósito¹⁵, en la medida en que implicaría que el depositario habría de desprenderse de los objetos entregados para su guarda. Uno de los argumentos tradicionales para rechazar el subdepósito fue la caracterización del depósito como contrato de confianza, basado en la especial consideración del depositante hacia el depositario. Pero hoy, aunque este argumento persiste, teniendo en cuenta la profesionalización del depósito, que suele prestarse por empresas dedicadas profesionalmente a actividades de custodia, se insiste también en la necesidad de que el depositario controle directamente los objetos que le han sido entregados, lo que excluye, por definición, que puedan ser poseídos por otra persona o empresa.

Descrito así el contrato de depósito, ¿estamos verdaderamente ante esta figura contractual en relación con los efectos de los clientes de los establecimientos hoteleros? Es obvio que sí, pero precisamente en el supuesto que no regulan los artículos 1783 y 1784: la entrega por el huésped de sus pertenencias para su custodia en cajas de seguridad. Este hecho sí constituye un contrato de depósito, pero no es el

para perfilar lo nuclear en el contrato de depósito son la tenencia de la cosa por el depositario y el deber de guardarla; por eso, porque no hay entrega al depositario, de manera que no hay tenencia de la cosa por éste, el supuesto del artículo 1783 no constituye verdadero depósito. También se refieren a la entrega de la cosa y posesión de ésta por el depositario CASTÁN, *idem*; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 9.^a ed., Madrid, 2001, p. 410; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 482; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 814; SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, p. 2033.

¹³ Díez SOTO, *ob. cit.*, p. 77. También en la p. 58 rechaza que puedan calificarse de depósito los casos en que no se ha concretado el objeto, así como tampoco aquellos en que el local sale de la esfera de control directo del titular, ni aquellos en que el titular del establecimiento no tiene posibilidad de actuar directamente sobre la cosa ubicada en él.

¹⁴ Lo que permite, a juicio de Díez SOTO, *ob. cit.*, p. 163, diferenciar el depósito de otros supuestos, como la introducción de efectos en establecimientos de hostelería.

¹⁵ ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 219-220, admite el subdepósito sólo en los casos imprescindibles (cuando sea el medio más idóneo y entre en las medidas de protección que el depositario debe adoptar) o en los casos de urgencia, pues el depósito es un contrato de confianza. Díez SOTO, *ob. cit.*, pp. 174-176, rechaza que el depositario pueda recurrir al subdepósito sin autorización expresa del depositante, con base en que el depósito requiere la posesión inmediata de la cosa por el depositario. En el mismo sentido, HUALDE MANSO, *ob. cit.*, p. 91, LACRUZ-SANCHO-LUNA-DELGADO-RIVERO-RAMS, *ob. cit.*, p. 246, y HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, p. 580. Más flexible se muestra OZCÁRIZ MARCO, *ob. cit.*, pp. 122-132; SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, p. 2044.

supuesto de hecho normativo de los preceptos mencionados. La pregunta hay que formularla en relación con la hipótesis prevista en las normas legales, que es la mera introducción del equipaje en el hotel.

1. ENTREGA DE OBJETOS PARA LA CUSTODIA EN CAJAS FUERTES. REFERENCIA AL SUPUESTO PARTICULAR DE LAS CAJAS FUERTES INDIVIDUALES DE LAS HABITACIONES

Ni todos los autores ni todas las sentencias distinguen este supuesto como diferente al previsto en los artículos 1783 y 1784, pues ya se ha señalado que se suele hacer una aplicación generalizada de estos preceptos. Ahora bien, quienes sí lo hacen entienden que si se trata de los objetos entregados al empresario para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento, estamos ante un depósito propiamente dicho¹⁶. Concurriendo en este supuesto los datos del desplazamiento posesorio y de la obligación de guarda que asume el hotelero, es fácil concluir que el mismo se puede considerar un auténtico depósito. Sería un contrato de depósito accesorio del contrato principal de hospedaje, accesoriedad del contrato que no implica accesoriedad de la obligación de custodia y que no obsta a la consideración de esta obligación como prestación principal del hotelero en el marco de la relación contractual de guarda, aunque ésta se inserte en otra relación más amplia¹⁷. Al incumplimiento de dicha

¹⁶ Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 139 y 142; Badenas Carpio, «Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje», *AC*, 2000-2, p. 628; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 418; Martín Santisteban, *ob. cit.*, p. 164; Lacruz-Sancho-Luna-Delgado-Rivero-Rams, *ob. cit.*, p. 251; Alabala de J. *ob. cit.*, p. 827; Sánchez Arísti, *ob. cit.*, p. 2066. Por su parte, Jordano Fraga, en todos los estudios a que se hace referencia en este trabajo, distingue supuestos de custodia directa, los de objetos entregados para su guarda, y casos de custodia indirecta, los de efectos meramente introducidos.

Las STS de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569, comentada por Jordano Fraga, como ya se ha hecho constar) y las SSAP de Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) y Granada 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168) y 10 de diciembre de 2004 (AC 2004/122) en relación con supuestos de entrega de objetos para su guarda en cajas fuertes, o bien aluden a la existencia de un contrato de depósito voluntario, o bien aplican directamente las normas reguladoras de este tipo de contrato. Igualmente, la SAP de Tarragona 18 de julio de 2006 (JUR 2006/52038) consideraba, igual que la demandante, depósito el aparcamiento en el recinto del hotel. Sin embargo, la SAP de las Palmas 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) calificó como depósito necesario el alquiler de una caja de seguridad, y algunas otras sentencias otorgan la misma calificación a la entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento o aplican los artículos 1783 y 1784 a este mismo supuesto.

¹⁷ En este sentido, Díez Soto, *ob. cit.*, p. 66, mantiene que una cosa es la accesoriedad del deber de custodia, que excluye la calificación como depósito (pues en éste la asunción por el depositario de la obligación de custodia constituye el objeto principal de un acuerdo dotado de cierta autonomía), y otra cosa es la posible accesoriedad del contrato de depósito respecto a otros contratos.

obligación principal de guarda del hotelero que acepta la custodia de determinados objetos habrían de aplicarse las normas generales de responsabilidad contractual (arts. 1101 y siguientes del Código Civil), por la remisión contenida en el artículo 1766; el artículo 78.1 de la Orden Ministerial de 1968 dispone, en cambio, la aplicación del régimen contenido en los artículos 1783 y 1784 para el incumplimiento del servicio de custodia, pero dichas normas no son aplicables cuando se ha pactado un depósito de concretos objetos, pues su supuesto de hecho es otro, la mera introducción de los efectos de los viajeros en el establecimiento.

Si el carácter público del establecimiento y las características de la actividad empresarial prestada constituyen el fundamento del carácter objetivo de la responsabilidad del fondista en los artículos 1783 y 1784, postular una responsabilidad por riesgo profesional sería aceptable en los supuestos en que concurra dicho riesgo, como en los de sustracción de los efectos introducidos en la habitación del hotel o de los objetos que se hallaban en las dependencias de éste, pero no en los casos en que el titular del establecimiento y el cliente deciden precaverse del peligro inherente al carácter público del establecimiento, adoptando las medidas adecuadas para evitarlo, como la utilización de la caja fuerte central del hotel o de las cajas de seguridad individuales de las habitaciones. Por eso, si las normas de responsabilidad objetiva de los artículos 1783 y 1784 responden a ese fundamento, obedeciendo al mencionado riesgo profesional, hay que entender que no son aplicables en todo caso, como suele considerar la jurisprudencia, sino sólo en algunos. Esto es, que dichos fundamento y consecuente régimen legal habrán de delimitar el supuesto de hecho de la norma, en el que sólo cabrá subsumir determinados casos. En los demás, no concurriendo la situación de peligro a que atiende la norma para establecer un régimen que se considera agravado para el fondista, habrá que acudir a las normas generales de responsabilidad del depósito voluntario.

Así, para que las normas legales tengan sentido habrá que entender que cuando se refieren a los efectos «introducidos» por los huéspedes en los hoteles, aluden a los que el cliente lleve consigo durante su estancia en las dependencias del hotel y a los que introduzca en su habitación, situaciones en las que es obvio el peligro de sustracción de los mismos. Pero no podrán entenderse comprendidos en la norma los casos de utilización de dispositivos adicionales de seguridad, pues la adopción de medidas especiales evita el peligro inherente al trasiego de público por el hotel. Y ello aunque el artículo 1783 requiera que se haya dado conocimiento al fondista por parte del viajero de los efectos que introduce en su

casa, lo que podría inducir a pensar que la norma contempla el supuesto de entrega bajo recibo de determinados objetos para su custodia en la caja fuerte central. Si, como decimos, las reglas de responsabilidad objetiva que se disponen obedecen al riesgo implícito en el carácter público del establecimiento, no pueden comprender, por definición, los casos en que se ha excluido el peligro que explica la consecuencia que establecen. El mencionado requisito del artículo 1783, informar al hotelero de los objetos introducidos, deberá entenderse en relación con el único supuesto de la norma, sustracción de efectos en las habitaciones o dependencias del hotel, si bien hay que admitir que resulta difícil de explicar a propósito del mismo, como se explica más abajo, razón por la que la jurisprudencia ha intentado suavizarlo.

En suma, los artículos 1783 y 1784 sólo se aplicarán a los casos de sustracción de las pertenencias de los viajeros en sus habitaciones o en las dependencias del hotel. En cambio, cuando se trate de la desaparición de estos objetos estando depositados en la caja fuerte, habrá que acudir a la disciplina general del depósito voluntario, donde se contiene una remisión al régimen general de responsabilidad contractual de los artículos 1101 y siguientes (art. 1766)¹⁸. En el primer caso se tratará de una responsabilidad objetiva o por riesgo, más grave, y en el segundo nos hallaremos ante una responsabilidad por culpa, menos rigurosa. Pero, como veremos, esta afirmación también está sujeta a revisión.

No obstante, también se ha sugerido la posibilidad de que en los casos de entrega de objetos para su custodia el régimen de este depósito quede absorbido por lo dispuesto en los artículos 1783 y 1784 para los hoteleros, pues se trataría de un contrato de depósito accesorio de otra actividad principal, distinto, por tanto, de los contratos autónomos de depósito¹⁹. Esta parece ser también la tesis del Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), donde afirma que la entrega de las joyas para su custodia en la caja fuerte del establecimiento «no constituye un contrato de depósito voluntario autónomo e independiente, distinto de la prestación por el hotel de los varios servicios integrantes del complejo contrato de hospedaje, configurándose esa entrega como la adopción por el cliente de las prevenciones hechas por el hotelero o sus empleados sobre cuidado y vigilancia de los efectos valiosos». Asimismo, aunque de forma menos clara, en la sentencia de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), para el mismo supuesto de entrega

¹⁸ También traza esta distinción JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 499-500, y «Comentario...», pp. 361-362.

¹⁹ Díez Soto, *ob. cit.*, p. 144.

de objetos para su guarda en la caja fuerte del hotel, el Tribunal Supremo alude a un depósito necesario que deriva del contrato de hospedaje, como se deduce de la Orden de 19 de julio de 1968, que establece el deber del empresario de constituirse en depositario de los valores que se le entreguen para su custodia.

Nosotros no compartimos la idea de que el régimen de la entrega de objetos para su custodia quede absorbido por las normas de los artículos 1783 y 1784, porque no concuerda con la intención de las partes al celebrar este contrato de depósito, que no es sino escapar de lo que con carácter general se dispone para la guarda del equipaje del cliente, con el fin de pactar una mayor diligencia en la custodia de objetos valiosos. El contrato de depósito surgido de la entrega por el viajero al fondista de concretos objetos para su guarda puede ser, ciertamente, accesorio del contrato de hospedaje, en cuanto su existencia depende de la de éste. Pero ello no supone necesariamente que deban quedar sometidos a idéntico régimen jurídico, ni que sean exactas las prestaciones comprometidas en cada caso, ni idéntica la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Esa idea es, además, contradictoria, como decimos, con el propósito de ambas partes, al ofrecer y aceptar respectivamente, un dispositivo especial de seguridad. ¿Para qué contratar una obligación de custodia especialmente diligente si de su incumplimiento se derivan las mismas consecuencias que si no se pacta y se aplica el régimen general? Parece lógico entender que del incumplimiento de una obligación que presupone una mayor diligencia en la custodia, derivada del depósito especialmente pactado, derive una responsabilidad de mayor alcance.

Este razonamiento nos conduce, no obstante, a la necesidad de explicar el nivel de diligencia exigible al hotelero. Entendemos que ésta ha de ser distinta, y superior, cuando ha comprometido una prestación principal de actividad diligente de guarda (cosas entregadas para su custodia), que cuando ha comprometido prestaciones de otra naturaleza en relación con las cuales la de custodia es complementaria (cosas meramente introducidas en el hotel). En el primer caso, puede plantearse incluso si el hotelero responde como un depositario profesional, lo que la doctrina ha contestado de forma afirmativa²⁰. Y es que, en efecto, aunque el depósito se ofrezca en

²⁰ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 479, 485, 503, explica que los supuestos de *receptum* se denominan así por el paralelismo tradicional que se establece entre estos casos y los supuestos de *custodia técnica* (la cursiva es mía) del Derecho romano. Y en otra obra, «Comentario...», p. 367, sostiene que si la responsabilidad del hotelero se basara en la culpa/diligencia, procedería exigirle, en virtud del artículo 1104.1 CC, con arreglo al carácter profesional de su actividad, la vigilancia/seguridad que sea exigible actualmente de un profesional de su ramo y categoría, habida cuenta de las circunstancias que sean relevantes.

el marco de otro contrato, el de hospedaje, del que por supuesto es profesional el titular del establecimiento, al incluirse como servicio específico y cualificado, también ha de considerarse profesional al que lo presta. De manera que por los objetos entregados para su custodia en caja fuerte el hotelero responde como un depositario profesional, y por los efectos meramente introducidos en el establecimiento el fondista responde como un hotelero profesional, lo que es obviamente distinto. Responder como hotelero profesional significa hacerlo por los riesgos propios de la empresa o de la actividad que se presta. Responder como depositario profesional implica, sin embargo, hacerlo en mayor medida, por el incumplimiento de una específica prestación de guarda, comprometida mediante un contrato *ad hoc*.

En este sentido, Díez Soto explica que en los casos de depósito profesional el alcance de las obligaciones del depositario se determinará en atención a aquellos elementos objetivos que hayan podido influir en la decisión del depositante de confiar en custodia una cosa de su propiedad²¹. Así, afirma el autor citado, el depositario profesional está obligado a mantener todas las condiciones, medidas de seguridad y comportamientos incluidos, explícita o implícitamente, en la oferta a sus clientes, así como a aquellos comportamientos impuestos por la buena fe contractual (art. 1258). Pero no serán exigibles al depositario profesional aquellos comportamientos que no puedan ser esperados razonablemente por el depositante, en una valoración objetiva de las características propias de su actividad empresarial. Todo ello partiendo de que la obligación de custodia del depositario es una obligación de actividad diligente, esto es, una obligación de hacer que el deudor se compromete a realizar con un determinado nivel de diligencia, cuyo cumplimiento o incumplimiento ha de valorarse con independencia de la obligación de restitución.

En este apartado merece una mención especial un supuesto híbrido, cual es el de la utilización de las cajas fuertes individuales instaladas en las habitaciones²², caso que puede suscitar la duda

MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 164, afirma que el legislador ha reputado depósito el supuesto de introducción de los efectos de los viajeros con el fin de equiparar la responsabilidad del hotelero a la de los depositarios profesionales.

²¹ Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 70-76.

²² Para Díez Soto, *ob. cit.*, p. 140, el supuesto de utilización de cajas fuertes individuales no es reconducible al contrato de depósito por razones similares a las que impiden considerar depósito el caso de cajas de seguridad de los Bancos. Respecto de este último contrato, Díez Soto afirma que es un contrato atípico, que no puede ser calificado de depósito por las siguientes razones (p. 123): la obligación de custodia del Banco no se realiza mediante el ejercicio de un control directo y exclusivo de los objetos contenidos en la caja de seguridad, cuya posesión no se transfiere al Banco en ningún momento; tampoco se da la necesaria individualización de tales objetos, que pueden ser retirados o sustituidos

entre considerarlo depósito de objetos para su custodia especial o reputarlo mera introducción de las pertenencias en la habitación. Es obvio que las características propias del supuesto impiden identificarlo plenamente con cualquiera de las dos situaciones, pues en él concurren notas de ambas: adopción de especiales medidas de seguridad, de un lado, y permanencia en el ámbito del cliente, que sigue poseyéndolas, de otro. Hay que reconocer ciertos datos que podrían inclinarnos a incluir la ubicación de objetos valiosos en la caja individual de la habitación en este apartado, junto al de utilización de la caja central del hotel. Así, el artículo 78. 2 de la Orden Ministerial de 1968 (completado en este punto por el Real Decreto 1634/1983, de 15 de junio) obliga a los establecimientos de cierta categoría a poner a disposición de los clientes dichas cajas individuales; junto a ello, el artículo 1783 establece como presupuesto de la responsabilidad del fondista que los clientes hayan observado las advertencias de aquél sobre el cuidado y vigilancia de sus pertenencias. De estos datos normativos se podría seguir que si el viajero, obedeciendo estos avisos del hotelero, introduce sus objetos de mayor valor en la caja que el empresario pone a su disposición, se cumple el requisito de la responsabilidad de éste, mediante un contrato de depósito para la custodia específica de ciertos objetos.

Pero varios obstáculos se oponen a la equiparación de este supuesto al de depósito de objetos en la caja central del establecimiento. Uno de ellos es que no hay entrega o desplazamiento posesorio propiamente dicho, pues las cosas permanecen en el ámbito del huésped. No obstante, este impedimento no nos parece determinante, pues, como se ha dicho, se trata de aproximar el supuesto de utilización de la caja individual a alguno de los otros tipos, reconociendo que son casos distintos, aparte de lo que sobre la entrega y posesión del depositario se dirá en el siguiente apartado, a propósito de la mera introducción en el hotel de las pertenencias del cliente.

por el usuario en cualquier momento sin que ello afecte a la subsistencia de la relación contractual; las únicas obligaciones del Banco consisten en garantizar la idoneidad de las cajas y de los locales en que éstas se ubican para cumplir la función de seguridad a la que están destinados, y desplegar una actividad de vigilancia o custodia en sentido amplio, para evitar que las cajas mismas queden expuestas a la acción dañosa de agentes externos; pero el Banco no tiene obligación de custodiar en sentido estricto, ni menos aún de restituir las cosas introducidas en la caja. *Vid.* sobre el tema, QUICIOS MOLINA, *El contrato bancario de cajas de seguridad*, Pamplona, 1999, pp. 59-107.

Igualmente, según SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «Cajas de seguridad en hoteles», *RDM*, 2001, I, pp. 744-745, en la hipótesis de cajas de seguridad de las habitaciones no puede hablarse de contrato de depósito, porque no hay entrega de las cosas al hotelero, y porque el hotelero no asume ningún deber específico de guarda o custodia, pues las cosas quedan bajo el control y dominio del cliente; se trata, estima este autor, de un contrato autónomo, encuadrable dentro del género del arrendamiento de servicios.

Mas los otros obstáculos son de mayor peso. Así, hay que recordar que el depósito requiere una individualización e identificación de la cosa que se guarda, so pena de hacer responsable al depositario, y exigiéndole además una diligencia como profesional del ramo, de la desaparición de cosas cuya existencia o naturaleza ignora. No se puede perder de vista que, como reconoce toda la doctrina, el depositario puede negarse a custodiar objetos por encima de determinado valor u objetos de determinada naturaleza²³, 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; si bien es cierto que en el artículo 1783 se considera depositario al hotelero que desconoce los efectos que han sido introducidos, esta equiparación no supone, en cambio, un régimen de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de custodia, principal y característica de la relación contractual pactada (régimen que ha de considerarse más grave para el hotelero, como demostraremos en este trabajo), sino un régimen especial de responsabilidad, el contenido en los artículos 1783 y 1784 (que ha de ser menos grave, en contra de lo que piensa la mayoría de la doctrina).

Por último, hay que tener en cuenta que ciertamente el párrafo segundo del artículo 78.2 establece la obligación de ciertos hoteles de poner a disposición de los clientes cajas individuales, pero también dispone en los párrafos primero y tercero que la responsabilidad del fondista requiere que los objetos de valor se depositen, bajo recibo, para el servicio de custodia especial que todo establecimiento debe prestar. Por tanto, si el huésped utiliza para su comodidad la caja de su habitación, ha de correr con cierto riesgo. Para situar dicho riesgo a cargo del hotelero en su totalidad, ha de depositar, bajo recibo, sus objetos de valor en el servicio de custodia central del hotel.

De lo anterior se desprende que la utilización de la caja fuerte individual de la habitación no puede ser considerada auténtico depósito, como sí lo es, sin embargo, la entrega de objetos para ser guardados en la caja fuerte central del hotel. Con todo, el supuesto tampoco puede equipararse al de mera introducción de las pertenencias de los clientes en las dependencias del hotel o a la ubicación de aquéllas en las habitaciones, pues el cliente adopta ciertas

²³ También el artículo 1953 del Código Civil francés somete al régimen de responsabilidad ilimitada el robo de objetos depositados o de objetos cuyo depósito haya sido rechazado por el hotelero sin motivo legítimo, por lo que hay que entender, *a contrario*, que el titular del establecimiento puede negarse justificadamente a ser depositario. Más claramente, el parágrafo 702. 4 del Código alemán y el artículo 1784 del Código Civil italiano establecen que el hotelero puede negarse a custodiar objetos peligrosos, cosas que tengan valor excesivo o efectos de custodia sea molesta o embarazosa.

precauciones utilizando un mecanismo sustitutivo del central, ofrecido por el titular del establecimiento. Se trata de un caso a medio camino entre los otros dos que, como tal, merece un tratamiento específico en orden a la responsabilidad del hotelero, como tendremos ocasión de exponer. El artículo 78.2 de la Orden Ministerial de 1968 establece que, tratándose de las cajas individuales, el hotelero sólo responde en los casos de dolo, pero no nos parece que éste sea el régimen más adecuado, como explicamos más abajo.

2. MERA INTRODUCCIÓN DE LAS PERTENENCIAS DE LOS HUÉSPEDES EN EL HOTEL

La doctrina en general rechaza que en el supuesto de los artículos 1783 y 1784 nos hallemos ante un auténtico depósito, con base fundamentalmente en la ausencia de desplazamiento posesorio de las pertenencias de los clientes, que son quienes siguen en su posesión. Se suele considerar que estamos ante una obligación legal de custodia indirecta, que no nace de un acuerdo de las partes, sino que tiene como presupuesto el desarrollo de la actividad hotelera, de manera que la ley impone al hotelero responsabilidad por los efectos de los clientes desde el momento en que éstos se encuentran en el establecimiento y hasta que lo abandonen, sin necesidad de contrato alguno. Así pues, con la equiparación al depósito contenida en el artículo 1783 se trata solamente de regular la responsabilidad del hotelero, pero ello no puede implicar que se trate verdaderamente de tal figura contractual²⁴.

²⁴ BONET CORREA, *Régimen jurídico del hospedaje y hostelería*, Madrid, 1955, pp. 36-38, sostiene que el recurso a la figura del depósito necesario es un cauce jurídico hábil para enmarcar la relación derivada del hospedaje en la dogmática obligacional e imponer tal figura por vía legal; encuadrar la responsabilidad del hotelero, explica, dentro del depósito necesario no fue más que un expediente con objeto de amoldar la responsabilidad extraordinaria y excepcional resultante de su posición. La responsabilidad del hotelero, termina, es un efecto legal accesorio del contrato de hospedaje, y no objeto de un negocio jurídico autónomo por el cual se confía la guarda de las cosas.

ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 298-299, pone de manifiesto las dudas sobre el verdadero carácter de depósito de la introducción de efectos en los hoteles, y concluye que reputarlo depósito necesario tiene el significado de aplicación de un criterio de responsabilidad «*ex recepto*».

BADOSA COLL, *ob. cit.*, pp. 1697-1698, mantiene que en el artículo 1783 no hay depósito ya que no hay acto de constitución de éste, por las siguientes razones: primero, no hay entrega, sino mera introducción, por decisión unilateral del viajero y sin intervención del posadero, y no se da el efecto típico del depósito, cual es la situación posesoria del depositario, pues los efectos continúan en poder del viajero; segundo, no hay aceptación del mesonero, sino, a lo sumo, mero conocimiento que puede valorarse como consentimiento a la introducción, pero no como consentimiento contractual para su conservación. El artículo 1783 contiene, por tanto, una ficción: asimilar al depósito necesario una figura que ni siquiera es depósito. Los hoteleros, termina BADOSA COLL, responden como depositarios, pero no lo son, pues falta la posesión de las cosas necesaria para que se aplique la

La jurisprudencia, por su parte, también descarta la existencia de un depósito y considera que nos hallamos ante una obligación legal de indemnizar, que nace por la decisión unilateral del viajero de introducir sus pertenencias en el establecimiento y no requiere aceptación del fondista. Lo afirma así para casos de robo de efectos en las habitaciones, pero también, incluso, para supuestos de sustracción de objetos entregados para ser guardados en cajas fuertes. Muestra de ello es la sentencia de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), ampliamente citada por resoluciones judiciales posteriores, en la que la parte recurrente consideraba que la entrega de las joyas para la custodia en la caja fuerte del hotel constituía un contrato de depósito voluntario²⁵, pero el Tribunal Supremo afirma que la responsabilidad dispuesta en los artículos 1783 y 1784 nace por el hecho de la introducción en el hotel de los efectos del huésped, sin necesidad de previo contrato de depósito ni aceptación del fondista, e insiste en que la entrega de objetos bajo recibo no constituye un contrato de depósito autónomo, sino mera observancia de las prevenciones realizadas por el hotelero. Y en el apartado anterior hemos señalado como numerosas sentencias se inclinaban por la aplicación de los artículos 1783 y 1784 a los supuestos de custodia de ciertos objetos en las cajas fuertes, entendiendo que en esos casos la existencia de un depósito necesario deriva del contrato de hospedaje, en cuyo seno la ley establece la obligación del hotelero de custodiar los efectos de los clientes.

normativa del depósito. La referencia al depósito es sólo un expediente retórico para imponer al hotelero la responsabilidad por los efectos introducidos.

JORDANO FRAGA, La responsabilidad contractual, pp. 500-501, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pp. 336-337, y «Comentario...», p. 362-363, rechaza que respecto de las cosas meramente introducidas por los clientes, único supuesto al que se refieren los artículos 1783 y 1784, estemos ante un genuino contrato de depósito, pues este implica un desplazamiento posesorio de las cosas. Mantiene que no hay contrato de custodia alguno, sino obligación legal de custodia, a lo que no obsta que el Código hable de «depósito necesario», pues esa calificación es una mera reliquia histórica (recibida del Código Civil francés, a través del Proyecto de 1851), sin trascendencia normativa (más detalladamente sobre el origen de la equiparación al depósito necesario, *La responsabilidad contractual*, p. 501). E insiste en que la responsabilidad del hotelero se asienta sobre una obligación legal de custodia indirecta, y no en un contrato de hospedaje, que puede no haberse celebrado todavía o puede haberse extinguido ya, ni en un contrato de depósito.

En la misma línea, Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 141-142; Badenas Carpio, *ob. cit.*, p. 628; Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.*, p. 417; Capilla Roncero, *ob. cit.*, p. 486; Martín Santisteban, *ob. cit.*, p. 163; Lacruz-Sancho-Luna-Delgado-Rivero-Rams, *ob. cit.*, p. 251; Albaladejo, *ob. cit.*, p. 827; Hernández Gil, *ob. cit.*, p. 612; Sánchez Arísti, *ob. cit.*, p. 2065.

²⁵ «y no un depósito necesario de los artículos 1783 y 1784, ya que los objetos no fueron «introducidos» en el establecimiento en el sentido que a tal vocablo da el primero de esos artículos, sino que, por el contrario, fueron voluntariamente entregados por la actora en la recepción del hotel para su custodia en la caja fuerte», según la recurrente.

Ésta es también la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652), donde se explica que del cumplimiento de todo contrato de hospedaje nace en el empresario hotelero una responsabilidad por la pérdida o deterioro de los efectos que el cliente hubiera introducido en el hotel, y se añade que «realmente nos encontramos ante el antiguo *Receptum cauponum*, que no es un depósito necesario [...], pero, aun no siéndolo, el legislador lo «reputa» como tal. Igualmente, respecto de los efectos introducidos por el cliente o huésped en el hotel, el empresario hotelero no es depositario, pero, aun no siéndolo, el legislador le hace responder «como» si fuera depositario. Lo que no quiere decir que le sean de aplicación las normas jurídicas del depósito voluntario relativas al depositario (a diferencia de lo que ocurre con los verdaderos depósitos necesarios según lo dispuesto en el art. 1782 del Código Civil). A través de tan rocambolesca equiparación (que parece tener su origen en la trasposición al derecho español de lo que se dispone en el texto del Código francés de 1804) lo único que se hace es establecer una responsabilidad *ex lege* del empresario hotelero respecto de la pérdida o deterioro de los efectos que el cliente o huésped ha introducido en el hotel (que tiene su antecedente histórico legislativo en la Partida V, Título VIII, Ley 26)».

Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048) se 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 explica «que no es un depósito, aunque «se reputa también depósito», y que la «introducción» no es una entrega; la introducción supone la fijación de un nuevo *status loci*, para los efectos por decisión unilateral del «viajero» (si se prefiere, «cliente») y sin intervención del fondista o posadero, que no supone o implica la situación posesoria del depósito (el fondista o posadero no adquiere la posesión de los efectos, que continúan en poder del «viajero» [...])».

Si la tesis de la responsabilidad *ex lege* fuera cierta, el régimen de la responsabilidad del fondista podría discurrir por el cauce de los artículos 1902 y siguientes. En efecto, si la responsabilidad del titular del establecimiento se desencadena por el hecho de desarrollar una actividad hotelera, y no es necesario contrato alguno, porque es la ley la que impone una obligación de custodia indirecta, podría concluirse en la naturaleza extracontractual de la obligación de indemnizar. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria, como veremos, se inclina por una responsabilidad de naturaleza contrac-

tual, que derivaría del contrato de hospedaje, y la mayoría de los autores, aunque se refieran a una obligación *ex lege* o a una responsabilidad *ex lege* del hotelero, terminan por reconducir la cuestión finalmente al contrato de hospedaje. Y no podía ser de otra manera, pues la idea del desarrollo de una actividad hotelera como presupuesto de la responsabilidad, aunque sea bastante para justificar la obligación de indemnizar a terceros (ahora sí por la vía del art. 1902), es insuficiente para explicar el particular régimen de responsabilidad del fondista frente al cliente. En la relación hotelero-huésped la responsabilidad del primero no puede ser sino de carácter contractual, como explicaremos en el siguiente epígrafe. La tesis de la obligación *ex lege* del titular del hotel consigue evitar los inconvenientes de la referencia al depósito, pero no tiene en cuenta que la fuente de la obligación de custodia ha de ser o un específico contrato de depósito de objetos valiosos o el contrato de hospedaje integrado mediante los usos o mediante la equiparación al depositario contenida en el artículo 1783.

Se detecta cierto empeño doctrinal y jurisprudencia en sostener que la equiparación al depósito necesario es a los solos efectos de responsabilidad, pero no estamos ante un auténtico depósito. Pero esto no puede sostenerse, porque si se establecen reglas particulares de responsabilidad, distintas a las del depósito voluntario, no puede decirse que la equiparación es a efectos de responsabilidad. ¿Cómo puede mantenerse que la consideración de depósito obedece al deseo de reconducir a la normativa de este contrato la responsabilidad del hotelero, si el legislador está excluyendo esa disciplina disponiendo reglas particulares de responsabilidad? Será entonces que lo que pretende el legislador es establecer, simple y llanamente, que el hotelero es un depositario y le incumben, con matices, las obligaciones propias de éste. No se trataría sólo, como pretenden la mayoría de los autores, de reconducir a un esquema contractual la hipótesis de mera introducción de los efectos de los huéspedes, sino también de encajarla en el régimen del depósito, para disponer que el hotelero responde como depositario, por incumplimiento de la obligación de custodia, aunque con sujeción a normas particulares.

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. Es tradicional argumentar la negativa a considerar depósito dicha introducción de las cosas de los huéspedes, en contra de la letra del artículo 1783, con base en la

ausencia de desplazamiento posesorio de los objetos, que siguen siendo poseídos por su propietario, el cliente. Y, efectivamente, si el cumplimiento de la obligación de custodia característica del depósito requiere la tenencia material de las cosas, para ejercer sobre las mismas un control exclusivo, la conclusión no puede ser otra. Sin embargo, si bien es cierto que la idea de depósito descansa normalmente sobre las de posesión inmediata por el depositario y de entrega del objeto por el depositante (artículos 1758, 1763, 1766, 1770, 1774, 1775, 1780), tampoco puede desconocerse la necesidad de cierta flexibilidad en este punto, propiciada por el propio artículo 1783. Es decir, que las cosas también se pueden ver al revés, y pensar que no siempre la obligación de custodia requiere una tenencia material del objeto, como queda claro en el artículo 1783, al referirse a los efectos «introducidos», de los que se considera depositario al hotelero. En este sentido, en el *Code* francés se considera depósito necesario todo supuesto de introducción de objetos por los viajeros (art. 1952), y, a continuación, se distinguen dos casos para determinar el alcance de la responsabilidad como depositario dispuesta para ambos: el de las cosas depositadas en poder del hotelero (o cosas cuya recepción haya rechazado el hotelero sin motivo justificado) y el resto de casos. Asimismo, en el *Codice* italiano la sección correspondiente lleva por título «Del depósito in albergo», comprendiendo, por tanto, los dos supuestos que después se distinguen: el de cosas que los clientes llevan al establecimiento y el de cosas consignadas y recibidas por el hotelero para su custodia.

Según el artículo 1783 español «se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones». Esta expresión legal indica ya dos cosas: la primera, que el legislador reconoce que no es un auténtico depósito necesario, aunque lo considere como tal, pues dispone que «se reputa», y no establece que «es necesario el depósito...», tal y como hace en el artículo 1781 para otros casos; además, la introducción del equipaje de los viajeros en los hoteles no se contempla en un número tercero de este artículo 1781, ni en el artículo 1782, disponiéndose en este último el régimen aplicable, tal y como se hace para las otras dos hipótesis de depósito necesario, sino que, como sabemos, se regula en preceptos separados, los artículos 1783 y 1784. La segunda, que la equiparación no es al contrato de depósito, sino al depósito necesario, por lo que no hay razón para plantearse, como hacen algunos autores, si realmente estamos ante un depósito propiamente dicho, con las notas características de éste: el legislador ya parte de que depósito voluntario no hay, y alude al depósito necesario, forzado por la naturaleza de las cosas y las circunstan-

cias, habida cuenta de la inseparabilidad del equipaje del viajero de éste mismo. Pero, aun con estos matices y concesiones, en el artículo 1783 se considera depósito necesario la introducción de sus pertenencias por los viajeros en fondas y mesones. De manera que si el legislador separa el supuesto de los hoteleros de los otros de depósito necesario (y de depósito voluntario), pero, aún así, califica el caso de depósito necesario, no se puede obviar esta consideración legal y quizá sí se pueda pensar que el regularlo en normas separadas obedezca a la finalidad de establecer un régimen especial de responsabilidad, más que a un deseo (que iría en contra del propio tenor literal del art. 1783) de no considerarlo depósito.

La naturaleza y características de los objetos que han de guardarse imponen cierta elasticidad tanto en la nota de la tenencia material de los mismos como en el contenido de la obligación de custodia²⁶. Tratándose de objetos de uso cotidiano, imprescindibles para la vida diaria del huésped, su posesión inmediata por su dueño, inevitable, no debe excluir la idea de una posesión mediata por parte del empresario. Ubicadas las cosas en el establecimiento, está claro que se hallan en la esfera de influencia del hotelero, quien es precisamente el que ha de ejercer el control para que las mismas no sean sustraídas, permitiendo a la vez su utilización por el dueño. En suma, el control del hotelero no puede ser sino exclusivo y excluyente de todos, salvo del cliente-propietario. La naturaleza propia de las cosas impide que se pueda excluir la posesión y utilización por su dueño, pero, con la única excepción de éste, se puede seguir afirmando que el control del hotelero es exclusivo y excluyente. La posesión y control compartido, no obstante, modalizará la obligación de custodia, que habrá de ser más limitada que cuan-

²⁶ DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, pp. 112-113, se ve obligado a reconocer que las características propias de la cosa depositada pueden implicar una modalización de la obligación de custodia que incumbe al depositario. Lo hace en relación con el contrato de garaje, en el que el titular del vehículo conserva una amplia disponibilidad sobre el mismo y, por tanto, el garajista no queda obligado a custodiar ejerciendo un control directo, inmediato y excluyente sobre la cosa. Pero aun en este caso, sigue el autor, no se puede excluir la calificación del contrato de garaje como depósito, pues lo decisivo es el hecho de que, mientras el vehículo permanece en el garaje, queda bajo la esfera de influencia exclusiva del garajista. En este caso, termina, sólo serán exigibles al depositario los comportamientos que sean compatibles con el nivel de disponibilidad que tiene atribuido sobre la cosa.

HUALDE MANSO, *ob. cit.*, p. 111, indica que la obligación de custodia tiene un contenido elástico y que no es posible determinar de antemano los singulares actos que son debidos, razón por la que no se describen en el Código Civil sus contenidos concretos. Esta imposibilidad de determinación deriva, sigue la autora, de la diversa naturaleza de las cosas, pero no debe entenderse en términos absolutos, sino que el contenido de la obligación de custodia puede deducirse de la propia naturaleza del objeto, del fin a que la custodia responde y de la previsibilidad de las circunstancias posibles en que la custodia se va a desempeñar.

OZCÁRIZ MARCO, *ob. cit.*, pp. 183, 223-226, también se refiere a la elasticidad de la obligación de guarda y a la relación existente entre el comportamiento implicado en esa obligación y la naturaleza de la cosa: la actividad indeterminada *a priori* del depositario es determinable según la naturaleza del objeto.

do el hotelero excluye incluso al propietario de las cosas depositadas. Así, en los Códigos alemán (parágrafo 702), francés (art. 1953) e italiano (artículos 1783 y 1784), junto a la responsabilidad ilimitada por las cosas depositadas en poder del hotelero (o que éste haya rechazado sin causa legítima), se regula la responsabilidad limitada por las cosas meramente introducidas en el hotel.

La posición flexible que exponemos permite aceptar que en el caso de la mera introducción de las pertenencias de los viajeros exista depósito y que el hotelero responda como depositario, tal y como dispone el artículo 1783. Si el hotelero responde como depositario, por incumplimiento de una obligación de guarda por tanto, es porque de alguna manera posee las cosas. Existe, pues, posesión o tenencia de las cosas por el hotelero, aunque compartida con el cliente, y existe también a cargo de aquél la consecuentemente prestación de guarda, si bien integrado todo ello en la relación de hospedaje por la equiparación legal del artículo 1783.

Sin perjuicio de todo lo anterior, forzoso es reconocer que la referencia al depósito complica las cosas y que, sin necesidad de aludir a esta figura contractual, se puede considerar existente una prestación de custodia a cargo de los empresarios del sector hotelero por otras vías. En este sentido, hay que tener en cuenta que, en virtud del artículo 1258 del Código Civil, los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que deriven de la buena fe, del uso y de la ley. Por lo que se refiere a la ley, la falta de una regulación legal concreta del hospedaje y de las obligaciones del hotelero en relación con el cliente se ha suplido con la referencia al depósito en el artículo 1783, de manera que la ausencia de una disposición legal sobre la obligación de custodia del fondista se cubre con la equiparación al depósito necesario y la responsabilidad como depositario; pero esto origina distintos problemas y cuestiones, pues, como estamos viendo, habría que superar ciertos obstáculos derivados de la concepción tradicional del depósito. Si la ley y los pactos de las partes (que probablemente se habrán ceñido al alojamiento y manutención, si no se ha contratado un depósito particular de determinados efectos) no solucionan satisfactoriamente la cuestión, puede que los otros medios de integración del contrato mencionados en el artículo 1258, los usos y la buena fe²⁷, sí permitan entender incluida en el hospedaje una obli-

²⁷ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 503, considera que el fundamento de la responsabilidad del hotelero por la custodia indirecta deriva del carácter y naturaleza de la prestación hostelera: ésta presupone, con arreglo a la buena fe, el deber accesorio de custodia sobre los objetos que el cliente introduce en el establecimiento, la plena utilidad de aquella prestación no se comprende sin este deber accesorio inherente a la buena organización de la actividad deudora empresarial.

gación de custodia a cargo del fondista. En el sector hotelero, en el que abunda la normativa administrativa sobre las obligaciones del empresario frente a la Administración pública, pero falta una regulación civil de la relación contractual que se instaura entre el profesional y el huésped, los usos cobran especial importancia y vienen a establecer las prestaciones a cargo del hotelero. Los usos sobre las obligaciones de las partes derivan de la normativa autonómica o estatal acerca de la clasificación de los establecimientos hoteleros, instalaciones y servicios con que deben contar, en la medida en que el cliente espera determinadas prestaciones por considerarlas implícitas en la categoría del establecimiento, categoría que presupone, a su vez, determinada tarifa o precio. Así, aunque es cuestión que tratamos con mayor profundidad a propósito de la naturaleza contractual de la responsabilidad del fondista en el siguiente epígrafe, se puede adelantar como en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de noviembre de 2001 (JUR 2001/92178), el cliente, recurrente, alegaba que «el contrato de hospedaje significa también el compromiso de otorgar al cliente una seguridad sobre sus bienes, muy digno de tener en cuenta si se atiende a la categoría del establecimiento y al precio del alojamiento».

¿Es esta obligación de custodia del hotelero idéntica a la del depositario? Según el artículo 1783, que no matiza, sí. Ahora bien, aunque atendiendo a este precepto se entienda que el hotelero responde como depositario, no responde, como sí lo hace en el caso de cosas entregadas para su guarda, como depositario profesional, pues no presta en este caso un servicio específico y cualificado, una actividad diligente de custodia. Responde, simplemente, como hotelero profesional, lo que es distinto, pues significa responder por la desaparición de las pertenencias de los clientes, desaparición que implica por sí misma incumplimiento de la obligación de custodia derivada del hospedaje, sea o no negligente.

II. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/EXTRACONTRACTUAL

La mayoría de las resoluciones judiciales sobre el tema se ocupan de precisar que la responsabilidad del titular del hotel es contractual, «de marcado carácter obligacional», descartando expresamente que sea de naturaleza aquiliana. Pero también pueden encontrarse algunas sentencias, minoritarias, a favor del carácter extracontractual de esta responsabilidad. En principio parece que el supuesto de desaparición de las pertenencias de los viajeros, introducidas por éstos en los establecimientos hoteleros, puede ser

uno de esos casos en que se superponen responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, pues los daños se producen en el marco de una relación contractual²⁸. Así, no faltan sentencias que aprecian esa concurrencia de responsabilidades, aunque predominen, como decimos, las que se inclinan por la naturaleza contractual de la responsabilidad del fondista. Ésta última debe ser, a nuestro juicio, la tesis defendible, por las consideraciones que pasamos a exponer.

La naturaleza contractual de la responsabilidad parece indiscutible en el caso de que se hayan entregado objetos para su custodia particular, si se entiende celebrado un contrato de depósito, lo que ha quedado demostrado más arriba; el incumplimiento de la obligación de guarda, prestación esencial del tipo contractual, y del deber de mantener las condiciones de seguridad adecuadas para la debida observancia de aquella obligación principal, implicará la aplicación de los artículos 1101 y siguientes del CC. Aun así, las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994/854) y de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/390), admitieron, como inmediatamente se verá, el carácter extracontractual de la responsabilidad del hotelero en similares casos de depósito voluntario, como creemos que hay que considerar la ubicación del coche en espacios vigilados y cerrados del hotel.

La duda acerca del carácter, contractual o extracontractual, de la responsabilidad del fondista quizá sea más razonable en el otro grupo de casos, el de las cosas meramente introducidas en habitaciones o dependencias del hotel. Así, las sentencias de las Audiencias Provinciales que a continuación se expondrán acogieron la naturaleza aquiliana de la responsabilidad del titular del establecimiento en supuestos de sustracción del equipaje ubicado en la habitación. Pero, y esto es lo curioso, lo hicieron invocando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, vertida, como acabamos de decir, para supuestos diversos. De manera que en este tema, como en todo lo relacionado con la responsabilidad de los hoteleros, parece reinar la confusión, producida por el trasvase de soluciones a hechos distintos de aquellos para los que fueron dictadas.

²⁸ Suele ponerse como ejemplo de concurrencia de ambos tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual, aquella en que incurre el depositario si pierde o deteriora la cosa depositada: el depositario no sólo incumple el contrato, sino que, al mismo tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro. *Vid.* GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», *RDP*, 1962, II, p. 831; CAVANILLAS MÚGICA-TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992, pp. 5, 59-161; MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», *Responsabilidad civil*, CGPJ, Madrid, 1993, p. 61; SIERRA PÉREZ, pp. 49-88.

La posición mayoritaria (contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), y en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Málaga 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247), 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773) y 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), Santa Cruz de Tenerife 22 de julio de 1998 (AC 1998/1638), Almería 3 de diciembre de 1999 (AC 1999/2576), Valencia 13 de diciembre de 2001 (JUR 2001/65557), Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) y 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531), Madrid 16 de julio de 2002 (JUR 2002/9125), Sevilla 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082), y Zamora 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/128076) deduce la naturaleza contractual de la preexistencia de un contrato de hospedaje, del que forma parte el depósito necesario de los efectos pertenecientes a los viajeros. Se cita, además, en apoyo de esta tesis, la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, que dispone la obligación de éstos de prestar un servicio de custodia de dinero, joyas u objetos de valor, y la consiguiente responsabilidad por pérdida o deterioro en los términos de los artículos 1783 y 1784 CC. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598) insiste en prescindir de la existencia de un contrato de depósito, pues la responsabilidad de los hoteleros deriva del contrato de hospedaje y por el hecho de la introducción por el huésped de sus efectos en el hotel: es una responsabilidad fundada en el riesgo profesional o de empresa, que no requiere un previo contrato de depósito ni aceptación del fondista. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 16 de julio de 2002 (JUR 2002/9125) intenta clarificar algo más el tipo de relación establecida entre el titular del hotel y el cliente, explicando que el Código Civil no se ocupa directamente del contrato de hospedaje más que para establecer las reglas de responsabilidad del hotelero, y que es un contrato que ha recibido distintas consideraciones en la doctrina, siendo para unos una combinación de distintos contratos, para otros un arrendamiento de cosas, y para unos terceros un contrato con identidad propia siendo su nota esencial el *complexus* jurídico formado por la cesión de habitaciones y sus servicios complementarios.

Aunque, como decimos, predominan las resoluciones partidarias de calificar como contractual la responsabilidad del hotelero, en virtud del depósito aparejado al contrato de hospedaje, también existen algunas sentencias favorables a la aplicación del artículo 1902 CC. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994/854)²⁹, ante la sustracción de un vehículo del aparcamiento

²⁹ Sentencia comentada por HIDALGO GARCÍA, «El contrato de garaje en aparcamientos abiertos al público. La responsabilidad en caso de daños o sustracción del vehículo».

vigilado del hotel, se entendió que existía yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, por los mismos hechos, o concurrencia de acciones de resarcimiento, las originadas a la vez en un contrato y en un acto ilícito extracontractual, por lo que, dado el principio inspirador de la jurisprudencia de la «unidad de la culpa civil», el perjudicado puede optar entre una u otra acción.

Según la sentencia recurrida en casación, al existir un contrato de hospedaje, uno de cuyos servicios u obligaciones es, por imperativo legal (citándose la normativa, estatal y autonómica en cuestión), la prestación de servicio de garaje, la obligación incumplida es de marcado carácter contractual; sin desconocer que la existencia de relación contractual entre las partes no excluye la posibilidad de ejercitar acciones con base en el artículo 1902, sigue la Audiencia Provincial, en el caso el hecho generador de responsabilidad fue la falta de vigilancia de los empleados, lo que no es ajeno a las obligaciones de las partes, obligando ello a que la responsabilidad derivada de dicha negligencia se exija a través del artículo 1101.

Según el Tribunal Supremo, en cambio, también concurren los elementos de la responsabilidad extracontractual (el comportamiento ilícito de los que omitieron el deber de vigilancia, el daño patrimonial, en nexo causal, y la falta de culpa del perjudicado), a lo que se añaden «los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual», de modo que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual excluya a la aquiliana, sino que para que sea así se requiere la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial. Por tanto, 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 aquiliana.

En la posterior sentencia de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/390)³⁰, también a propósito de la sustracción de un automóvil de la zona de aparcamiento específica del hotel, el Tribunal Supremo reprodujo la anterior resolución de 1 de febrero de 1994, recordando la tendencia de la doctrina civilista actual y de la jurisprudencia a aplicar la tesis de la unidad de culpa, según la cual no incurre en incongruencia el órgano jurisdiccional que funda la condena a indemnizar al perjudicado en normas distintas de las invocadas por éste. En el caso se había producido una omisión culposa en la segu-

lo (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994)», *ADC*, 1994, III, p. 289.

³⁰ Resolución comentada por FERRER TAPIA, «Algunas reflexiones sobre el contrato de aparcamiento de superficie. Comentario a la STS de 8 abril 1999 (RJ 1999, 390)», *RdP*, 2001, núm. 7, p. 207.

ridad del hotel, por lo que éste responde por la falta de recuperación del coche con base en la doctrina contenida en la sentencia 1994/854.

Ésta ha sido también la postura del Tribunal Supremo en otros supuestos de daños en el marco de una relación contractual: la tesis de la unidad de la culpa civil y el sistema opcional ante la yuxtaposición de responsabilidades. Pero no puede ser aceptada 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 (en el supuesto de entrega para la custodia en caja fuerte), o integrados en el contrato de acuerdo con el artículo 1258 CC (en el caso de cosas ubicadas en habitaciones o dependencias del hotel). No obstante, esta doctrina jurisprudencial ha constituido el punto de partida de otra jurisprudencia menor sobre el tema.

La doctrina de la sentencia 1994/854 es transcrita en la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2003 (JUR 2003/29434). En este caso se trataba de la sustracción de unas maletas preparadas en la habitación para la partida. El tribunal advierte de la existencia de un contrato de hospedaje, pero rechaza la responsabilidad con base en el mismo por no haber quedado acreditado que el demandante hubiera cumplido los requisitos establecidos en el artículo 1783 (dar conocimiento al hotelero de los efectos que se introducen en el establecimiento y cumplir las advertencias de éste en cuanto al cuidado de los mismos). Aplicando la teoría del Tribunal Supremo en la sentencia arriba citada, la Audiencia entiende a continuación que sí concurrió responsabilidad extracontractual por haber incumplido el hotel las medidas que garantizaban la seguridad y tranquilidad de sus huéspedes. Se aclara en la sentencia que estas medidas de seguridad se hallan en la órbita de lo pactado, pero no son el núcleo esencial, de modo que su incumplimiento por parte del hotel permite apreciar la negligencia prevista en el artículo 1903 CC.

La posterior sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/128076) alude a las dos resoluciones anteriores, la del Tribunal Supremo y la de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, como base para apreciar una responsabilidad extracontractual en los supuestos en que se acredite que el establecimiento carecía de las medidas de seguridad precisas. Esto era lo que había ocurrido, pues habían sido sustraídos de una de las habitaciones diversas pertenencias del demandante, dada la facilidad para acceder al interior del recinto a través de la valla de la

piscina, a la que daba directamente la habitación de aquél. La Audiencia considera que es asumible la sentencia de la instancia, en la que se apreció única y exclusivamente responsabilidad contractual, pero añade que existiría, además, la extracontractual prevista en el artículo 1903 por *culpa in vigilando*.

En estas dos sentencias las respectivas Audiencias se inclinan por una responsabilidad aquiliana del titular del hotel por incumplimiento de las medidas de seguridad. Según la de Santa Cruz de Tenerife estas medidas forman parte del contrato, pero no siendo el núcleo esencial de su contenido, su vulneración no implica responsabilidad contractual. De modo que para este tribunal sólo el incumplimiento de las principales obligaciones contractuales puede permitir la aplicación de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil; la infracción de cláusulas acerca de circunstancias o elementos contractuales secundarios o accesorios originaría una responsabilidad extracontractual. Esta afirmación, aunque no es idéntica a la que ciñe la responsabilidad contractual al incumplimiento en la rigurosa órbita de lo pactado, se halla en sintonía con ella. Ambas supondrían circunscribir la responsabilidad contractual del hotelero a la vulneración de aquellas prestaciones que caracterizan al contrato de hospedaje, a aquellas que definen el tipo contractual y que, por eso, siempre se hallan en el marco de lo pactado; en esta figura, el alojamiento y, en algunos casos, la manutención.

No nos parece acertado el recurso a la responsabilidad extracontractual. Por supuesto no puede parecernos correcto cuando se ha pactado un depósito de determinados efectos, entregados para su particular custodia, pues, de seguirse la anterior doctrina jurisprudencial, no cabe duda de la vulneración de la principal obligación contractual, la de guarda, que no puede sino considerarse incluida en la rigurosa órbita de lo pactado. Junto con lo anterior, el hecho de haberse celebrado un contrato *ad hoc*, para evitar la sustracción de ciertas pertenencias del cliente, debe implicar la aplicación del sistema de riesgos y beneficios diseñado para la figura contractual en cuestión, antes que recurrir a generales deberes de comportamiento; si bien esto último es lo procedente cuando se trata de terceros, respecto de los que rige el genérico *alterum non laedere*, no lo es cuando se trata de la contraparte en el contrato celebrado para prestarle una actividad diligente de custodia.

Tampoco lo consideramos adecuado cuando se trata de las cajas fuertes individuales de las habitaciones, sea o no este caso un depósito, pues aunque no se pueda entender celebrado este tipo de contrato por los inconvenientes que se expusieron más arriba, sí existe otro contrato, el de hospedaje, del que deriva una obligación de

custodia para cuyo cumplimiento el hotelero ofrece al cliente este dispositivo especial. Si el hotelero, en cumplimiento de la normativa administrativa que le obliga a ello, instala en las habitaciones cajas de seguridad, invita al cliente a su utilización, debiendo entenderse celebrado el contrato cuando el huésped introduce sus pertenencias en las mismas, considerándose que es uno de esos contratos que se perfecciona mediante dispositivos automáticos (art. 1262). Puede que este contrato no sea depósito, como decimos, pero es un pacto por el que el hotelero queda obligado a prestar determinado servicio que incluye, cuando menos, el mantenimiento de las cajas en las debidas condiciones de seguridad. El régimen de la responsabilidad del titular del establecimiento cuando resultan sustraídos los efectos introducidos en las cajas individuales de las habitaciones es cuestión que se aborda en el epígrafe correspondiente, pero que es una responsabilidad contractual no puede dudarse si se tiene en cuenta que es una prestación de un servicio que se ha de entender comprometida por el hotelero desde el momento en que el cliente decide utilizarlo, bien se califique este pacto como contrato independiente (surgiendo las correspondientes dudas para esta calificación), bien se reconduzca al contrato de hospedaje.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) explica que la doctrina jurisprudencial tradicional, pensada para los casos de entrega de los objetos para su custodia en la caja fuerte central del hotel, no es aplicable al supuesto, cada vez más frecuente, de utilización de la caja fuerte instalada en la propia habitación del cliente. En este caso, el hotel ofrece al viajero un servicio más, que seguramente está incluido en la factura total de la habitación, y que no hace depender de exigencia alguna, ni de solicitar su uso en recepción, por lo que no es aplicable el artículo 1783, sino las normas generales del depósito. Esta sentencia se equivoca al sostener que el artículo 1783 y la doctrina jurisprudencial tradicional son aplicables a los casos de entrega de objetos para su guarda en la caja central, y también al considerar que al caso de utilización de la caja individual de la habitación son aplicables las normas del depósito, por razones ya explicadas, pero es importante resaltar aquí que no ofrece duda acerca de la calificación como responsabilidad contractual por incumplimiento de un servicio adicional, pactado por la instalación del aparato en la habitación y la utilización (sin requisito alguno) por el cliente.

Finalmente, tampoco estimamos acertada la posición favorable a la responsabilidad extracontractual del hotelero cuando las cosas

se han ubicado en las habitaciones o espacios comunes del hotel, por diversas razones que se exponen detenidamente a continuación, y que adelantamos brevemente³¹. En primer lugar, la actividad hotelera en sí misma no supone prestaciones de custodia, aunque sí suponga obligación de indemnizar los daños que se produzcan en el marco de la misma, esta vez sí por la vía del artículo 1902; lo que sí origina una prestación de custodia, aunque sea complementaria o accesoria de la principal de alojamiento, es el contrato de hospedaje, mediante la integración en el mismo de obligaciones derivadas de los usos; esto explica que si bien la responsabilidad del hotelero sería de carácter extracontractual frente a cualquier tercero que sufriese daños en el establecimiento, en cambio sería contractual cuando los daños fueran sufridos por el cliente por entenderse vulnerado un deber de custodia implícito en el hospedaje, y no ya el genérico *alterum non laedere*. 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 deban soportar. En tercer lugar, no debe olvidarse que los artículos 1783 y 1784 realizan esa asignación de riesgos y que, además, lo hacen reconduciendo a un esquema contractual, por referencia al depósito, la responsabilidad del fondista.

Entrando en los argumentos enunciados, hay que recordar que, 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 negocios³². El artículo 1258 CC ordena integrar el contenido de los contratos con las reglas que dimanen de la buena fe y de los usos, y esta norma encuentra amplio campo de aplicación en el ámbito de los contratos de hospedaje. En este sector, las obligaciones contractuales no deben quedar ceñidas a las expresamente pactadas, que se referirán principalmente al alojamiento y manutención, sino que, junto a ellas, habrá que aten-

³¹ Aunque rechaza que la responsabilidad regulada en los artículos 1783 y 1784 se base en un contrato, ni de depósito ni de hospedaje, pues encuentra su único fundamento en una obligación legal de custodia indirecta, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 500, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, p. 337, y «Comentario...», p. 363, insiste el carácter contractual de la responsabilidad del fondista, pues es contractual al derivar del incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera que sea su fuente (ley o contrato).

³² MIQUEL GONZÁLEZ, «Responsabilidad contractual y extracontractual...», pp. 61-64; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pp. 265 y 268.

der a una serie de deberes complementarios, derivados principalmente de los usos, 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. Por tanto, la responsabilidad contractual no se limita al incumplimiento de obligaciones expresamente pactadas, ni al incumplimiento de obligaciones principales, sino que alcanza deberes integrados en el contrato por la vía del artículo 1258 CC y, por tanto, deberes complementarios de conducta³³.

Así, en el ámbito del depósito profesional se ha considerado que el depositario queda obligado a mantener las condiciones, medidas de seguridad y comportamientos que, explícita o implícitamente, puedan considerarse incluidos en la oferta, afirmación que es trasladable al hotelero, tanto cuando presta un servicio profesional de custodia, como cuando debe simplemente evitar la sustracción de las pertenencias ubicadas en las habitaciones o dependencias del hotel³⁴. Este argumento no pasa inadvertido a las Audiencias Provinciales en las sentencias citadas, aunque se inclinen finalmente por el carácter extracontractual de la responsabilidad del hotelero. En la sentencia de Santa Cruz de Tenerife se afirma que «el establecimiento hotelero de alta categoría debía ofrecer a la actora unas medidas de seguridad que no cumplió», que efectivamente el hotel contaba con medidas al objeto de garantizar la seguridad y tranquilidad de sus huéspedes, pero como no funcionaron, «situadas estas obligaciones dentro de lo pactado, pero no siendo núcleo esencial», su incumplimiento conduce a la aplicación del artículo 1903. En la sentencia de Zamora considera el tribunal que nos hallamos en el mismo caso, esto es, «con un establecimiento hotelero de gama alta y con unas medidas inadecuadas a su categoría hotelera en relación con la seguridad de los viajeros y de las cosas que pudieran portar estos y depositar en las habitaciones».

En Italia y Alemania la obligación de custodia del hotelero se dispone expresamente en el Código Civil, incluso en relación con las cosas que los clientes llevan consigo y que no entregan para su custodia particular; así, según el artículo 1783 del *Codice* y el párrafo 701 B.G.B., los hoteleros son responsables de las cosas roba-

³³ Algunas sentencias aplican el artículo 1258 CC, pero lo hacen en un sentido diferente al que aquí planteamos. Así, las SSAP de Málaga 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247) y 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773) invocan los artículos 1255 y 1258, afirmando que el contrato obliga a las consecuencias que se deriven de la buena fe y del uso, no menos que de la ley, pero lo hacen en relación con el cliente y a propósito de la inobservancia del aviso del titular del establecimiento sobre su falta de responsabilidad por el dinero, joyas, etc., que se dejen en el interior de las habitaciones.

³⁴ Díez Soro, *ob. cit.*, p. 71.

das que se encontrasen en el establecimiento, pero también de las cosas que se encontrasen fuera del hotel de las que el hotelero haya asumido la custodia, durante el tiempo en que el cliente dispone del alojamiento. En España, ante la falta de norma similar en el Código, habrá que recurrir a la normativa administrativa, abundante en este ámbito, donde se impone a los establecimientos, en función de su categoría, determinadas obligaciones para garantizar la tranquilidad y bienestar de los clientes. Sabido es que el incumplimiento de las mismas sólo puede suponer la correspondiente sanción administrativa, mas no una responsabilidad frente al huésped, para lo que sería necesario que la obligación frente a la Administración pública lo fuera también frente al viajero, por entender que forma parte del contrato con éste celebrado³⁵. Pero esto es precisamente lo que ocurre en el sector hotelero, en el que de las obligaciones frente a la Administración llegan a derivar obligaciones contractuales frente al cliente, pues de las instalaciones y servicios con que los establecimientos deben contar surgen costumbres en relación con las prestaciones exigibles en el contrato de hospedaje celebrado con el huésped.

Por tanto, de la abundante reglamentación administrativa pueden derivar usos que integren el contenido del contrato con el cliente, ya que en este ámbito se suele contratar sobre la base de determinadas prestaciones presupuestas en el hotel por su categoría. Al regular la clasificación de los establecimientos hoteleros, se establecen principalmente las características físicas que cada clase y categoría debe reunir, y también se dispone, directa o indirectamente, la calidad de los servicios que deban prestarse. El huésped busca un hotel de determinado número de estrellas por presuponer en él determinado nivel de prestaciones que entran en lo que él está dispuesto a pagar a cambio, de modo que el contrato se celebra, sobre todo, en función de la categoría del hotel y sin mediar acuerdo expreso sobre las obligaciones derivadas del mismo. Así, normas pertenecientes a otro ámbito, el que relaciona al titular del establecimiento con la Administración pública para establecer la categoría del hotel, llegan a integrarse en el contrato concertado por aquél con el cliente, transformadas previamente en usos de los negocios en este sector.

³⁵ BADENAS CARPIO, *ob. cit.*, p. 619 ss., insiste en que la proliferación de legislación administrativa no ha afectado a la naturaleza del contrato de hospedaje, que sigue siendo un contrato que se enmarca en las relaciones de Derecho Privado. Coincidimos con este autor al considerar que el incumplimiento de la normativa administrativa sólo puede dar lugar a las eventuales reclamaciones, pero para que dicha normativa tenga trascendencia jurídico-privada es necesario que el tenor literal de las normas administrativas pase a formar parte del contenido de los contratos por alguna de las vías previstas en el artículo 1258 CC: la buena fe, el uso o la ley.

Los usos como fuente de obligaciones y deberes de las partes vendrán determinados, como decimos, por la categoría del hotel³⁶. Las Audiencias Provinciales citadas advertían en este sentido que de un establecimiento de gama alta es lógico esperar un adecuado nivel de seguridad. Ello, además, se presupone incluido en el precio que el cliente está dispuesto a pagar en atención a la categoría del hotel³⁷. El respeto a un adecuado equilibrio entre las prestaciones de las partes requiere adaptar las normas de seguridad exigibles al hotel a la contraprestación pagada por el cliente. Pero este ajuste se lleva a cabo en la formación de usos en este campo, pues la reglamentación administrativa de los establecimientos hoteleros concede mayor categoría a mayor nivel de exigencias, lo que se traduce necesariamente en las tarifas. De modo que la costumbre, en relación con los deberes de custodia exigibles al hotel, se origina en función de una clasificación administrativa, de la que también deriva el precio a pagar por la contraparte, alcanzándose el equilibrio adecuado.

Lo anterior no quiere decir que un hotel de baja categoría no responda de la pérdida de los efectos introducidos por los viajeros. El artículo 1783 regula la responsabilidad de los establecimientos hoteleros sin distinciones, de manera que según el Código Civil todos responderán por la sustracción de los objetos que se hallen en las habitaciones o dependencias del hotel. Además, la Orden Ministerial de 1968 imponía también a todos los establecimientos en general la obligación de prestar un servicio especial de custodia del dinero, alhajas u otros objetos que entreguen, bajo recibo, los clientes (art. 78. 1), lo que originará una responsabilidad del titular como depositario de los mismos. Ahora bien, afirmada la responsabilidad del titular de hotel de baja categoría, es posible que el nivel de diligencia exigible al mismo quede moldeado por las circunstancias y por los usos generados en el sector para la categoría de establecimiento en cuestión. Así, como posteriormente veremos, en los supuestos de responsabilidad objetiva, de un lado, también se tiene en cuenta el nivel de diligencia exigible en orden a determinar la esfera de riesgo en la que se responde, y en los supuestos de res-

³⁶ Así, Díez Soto, *ob. cit.*, p. 71, mantiene que no serán exigibles al depositario, en principio, aquellos comportamientos que, en una valoración objetiva de las características propias de su actividad empresarial, no puedan ser esperados razonablemente por el depositante. Pone el ejemplo del depósito de un abrigo en el guardarropas de un teatro o de la maleta en la consigna de la estación, y sostiene que el cliente no podrá exigir que se haga lo necesario para evitar daños derivados, como la descarga de la tinta de una pluma.

³⁷ En la SAP de Málaga 7 de noviembre de 2001 (JUR 2001/92178), el cliente, parte actora apelante, alegaba en el recurso que «el contrato de hospedaje significa también el compromiso de otorgar al cliente una seguridad sobre sus bienes, muy digno de tener en cuenta si se atiende a la categoría del establecimiento y al precio del alojamiento».

pensabilidad por culpa, de otro, el artículo 1104 permite matizar el grado de diligencia en función de las circunstancias de las personas y del lugar.

La solución adoptada por otros países de nuestro entorno se puede considerar más precisa, segura y justa en este punto, pues al limitar la responsabilidad del titular del hotel por las cosas meramente introducidas a una cantidad a calcular sobre el precio del alojamiento por día, evita que los establecimientos más modestos sufran un gravamen excesivo y que para los más lujosos la cantidad sea irrisoria (lo que podría ocurrir si el tope se fijase en una cantidad fija, inmodificable cualesquiera que fuesen las circunstancias)³⁸. Así, según el artículo 1953.2 del Código francés, el artículo 1783 del Código italiano, y el parágrafo 702.1 del B.G.B. (aunque en éste se añaden normas adicionales más concretas), tratándose de cosas que no hayan sido depositadas en poder del hotelero, la indemnización queda limitada al equivalente de cien veces el precio del alojamiento por día. La aplicación de una regla similar a la que rige en esos otros países, calculando la cantidad a indemnizar sobre el precio diario del alojamiento, proporcionaría un criterio equitativo, que, además, es de suponer que vendría a coincidir con los usos para la categoría de establecimiento. Este límite sólo operaría, no obstante, como en los códigos europeos mencionados, para las cosas meramente introducidas en habitaciones o espacios comunes, pues es lógico que por la desaparición de las cosas especialmente depositadas la responsabilidad sea ilimitada, como lo es la del depositario en general, para la que no se fija tope; y quizá ello no sea especialmente gravoso para el empresario si se tiene en cuenta que, si se trata de establecimientos de baja categoría, en él no se introducirán cosas de gran valor por regla general, y que si no están obligados a disponer de aparcamiento, tampoco responderán por el robo del vehículo estacionado en la vía pública, como veremos en el apartado correspondiente, que sería quizá la pertenencia de mayor valor de un cliente de un hotel de gama baja. No obstante, quizá fuera conveniente adoptar una solución similar a la prevista en Italia y Alemania, donde, además de fijarse un límite cuantitativo para las cosas no entregadas en custo-

³⁸ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 526. También este autor, en «Comentario...», p. 368, considera absurdo e injusto colocar en el mismo plano a un hotelero de lujo y a un ventero de pueblo. Habrá que ver, dice, lo que era exigible, en orden a la seguridad de los clientes, de cada concreto hostelero, no pudiendo descartarse *a priori* que en el algún caso, si se quiere infrecuente, el robo a mano armada sea de alguna forma imputable a la falta de medidas adecuadas de seguridad/control exigibles de ese concreto hostelero. Del hotelero de lujo puede decirse que la diligencia exigible le impone la adopción de enérgicas medidas de seguridad y, alternativamente, que el robo a mano armada es, dentro de ciertos límites, un riesgo inherente a su negocio, no del todo extraño a él.

dia, se dispone que el hotelero está obligado a aceptar la guarda de objetos valiosos, pero puede negarse a custodiar los que tengan un valor excesivo teniendo en cuenta la importancia y condiciones de gestión del hotel (art. 1784.2 del *Codice* y parágrafo 702.3).

El otro tipo de razones a favor de la tesis de la responsabilidad contractual, se refiere a que la relación obligatoria existente entre las partes no sólo genera deberes de conducta, aplicables preferentemente a la regla *alterum non laedere*, sino que también implica una distribución de beneficios y riesgos, o un específico reparto de peligros y daños³⁹. En el contrato de hospedaje se atribuye el riesgo de sustracción al fondista porque el mismo es consustancial a la actividad que presta y porque ha de afrontar los peligros inherentes a la actividad de la que se beneficia. El sistema basado en la distribución de los riesgos opera al margen de la diligencia y presupone el incumplimiento: el daño derivado del robo de las pertenencias de los clientes se adjudica al hotelero porque implica, por sí mismo, incumplimiento de la obligación de custodia derivada del contrato de hospedaje, haya sido o no negligente⁴⁰.

³⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad contractual y extracontractual...», pp. 62-63, sostiene que mediante el contrato se promueve la voluntaria asignación de riesgos en una sociedad que se autorregula libremente, mientras que la responsabilidad extracontractual asigna riesgos de acuerdo con las valoraciones de la comunidad; «el contrato delimita un ámbito dentro del cual no sólo es una fuente de responsabilidad, sino también de no responsabilidad...»

DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, pp. 264 y 266, critica el principio de la unidad de la culpa civil, pues no es igual la situación de quien ha comprometido su actividad o el resultado de la misma, y que, como consecuencia de este compromiso, se encuentra en una situación que le coloca notoriamente ante un tipo de deberes, frente a quien causa daño a otro sin previa relación jurídica, ni especial compromiso. Asimismo, opone al sistema opcional dos reparos. El primero, que cuando entre las partes existe una relación obligatoria, para establecer la culpa hay que analizar las reglas de conducta que de ella dimanar, sin buscar especiales deberes generales de comportamiento del tipo del *alterum non laedere*. El segundo, que el sistema opcional no puede funcionar en los casos en que el régimen contractual, que es el querido por las partes, contiene reglas de específica distribución de los riesgos o de los daños:

Según JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 504, desde el punto de vista de la correcta organización de la actividad empresarial deudora, se ha sostenido tradicionalmente en este ámbito una precisa conexión entre la responsabilidad de los hosteleros y la teoría del riesgo empresarial o profesional. De manera que se dice, expone JORDANO FRAGA, que del mismo modo que el hostelero ejerce una actividad empresarial o profesional en su beneficio, debe igualmente soportar los daños que derivan al cliente en el ámbito propio de la misma (*riesgo típico* profesional o empresarial de la actividad hostelera), con independencia de que exista o no culpa suya, pues el cliente debe permanecer ajeno a los riesgos típicos de tal actividad, del mismo modo que es ajeno a sus beneficios. En suma, los daños derivados en el ámbito típico de la actividad hostelera son un *riesgo* (profesional o empresarial) para su titular que él debe en todo caso soportar

⁴⁰ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 527, explica en relación con el régimen uniforme europeo que el robo no exonera al deudor-hotelero en cuanto se considera manifestación de un defecto de organización que se califica como negligente, pero la negligencia se extrae aquí, simplemente, del hecho de haber acaecido el hurto, sin que se realice ninguna investigación sobre el comportamiento del deudor con relación al modelo de conducta diligente; de este modo, termina, el robo se presenta como un típico riesgo de la actividad del hotelero, del que éste siempre debe responder.

Esta asignación particular de riesgos puede proceder a veces de una de las partes contratantes, pues son frecuentes en el contrato de hospedaje las advertencias exoneratorias o limitativas de responsabilidad del titular del establecimiento por los efectos introducidos por los viajeros. La validez de estos avisos es cuestión que abordamos con más detenimiento más abajo, pues aunque en una primera impresión pudieran parecer abusivos, no lo son todos, y hay que recordar que tanto el artículo 1783 del Código Civil como el artículo 78.3 de la Orden Ministerial, disponen el cumplimiento de las advertencias del hotelero, que ha de avisar de que no responde de los objetos valiosos que no le sean entregados para su custodia especial, como presupuesto de su responsabilidad.

No obstante, independientemente de la validez o nulidad del régimen predisposto por el fondista, la ley diseña un específico régimen de responsabilidad de los hoteleros en los artículos 1783 y 1784, en el que atribuye el riesgo de sustracción al fondista en el marco del contrato de depósito. El Código Civil hace responsable al titular del establecimiento «como depositario», reconduciendo su responsabilidad a la contractual, y disponiendo un régimen concreto y determinado a la vista de las peculiaridades de la relación obligatoria existente entre las partes. La aplicación de este régimen legal será más adecuada que la de los artículos 1902 y siguientes. En este sentido, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de diciembre de 1992 (AC 1992/1634), se afirmaba «la improcedencia que supone efectuar la reclamación en base a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, reguladores de la culpa 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...». Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531) se señala que los actores ejercen una acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902, «pero la relación que une a las partes no es de este tipo, sino contractual, pues obedece al concierto previo de prestar alojamiento a cambio de un precio. Es decir, un contrato de hospedaje».

La responsabilidad del hotelero como depositario que establece el artículo 1783 supone dos consecuencias. La primera, incluir en el contrato de hospedaje la obligación de custodia propia del depósito. Mientras en el contrato de depósito voluntario, dicha obligación es la principal, la característica del tipo contractual, en el contrato de hospedaje sería una obligación accesorias, añadida a las principales de alojamiento y manutención. Pero su incumplimiento

origina una responsabilidad «de marcado carácter obligacional», frase reiterada en la jurisprudencia, entendiendo por responsabilidad obligacional la que surge del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato (y no de otras fuentes). El legislador ha querido que la responsabilidad del hotelero sea como depositario, y el depósito es un contrato caracterizado por una obligación de custodia, lo que se extiende al depósito necesario, por la aplicación al mismo de las normas del voluntario en virtud del artículo 1782.

La segunda consecuencia es que, ciertamente, la responsabilidad del hotelero es una responsabilidad *ex lege*, pero, como tal, es una responsabilidad contractual, puesto que la ley, aunque contenga normas especiales, la equipara a la del depositario. Podría dudarse del verdadero carácter contractual del depósito necesario, pues éste es el que no obedece a la voluntad del depositante (art. 1781 y 1763 *a contrario*). Pero, aún así, el Código Civil lo considera *depósito propiamente dicho* (rúbrica del capítulo II del Título XI del Libro IV), y al regular la *naturaleza y esencia del contrato de depósito* (rúbrica de la Sección primera) lo hace con relación también al depósito necesario (art. 1762, incluido en tales sección y capítulo)⁴¹. De modo que la responsabilidad dispuesta en los artículos 1783 y 1784 para los hoteleros *como tales depositarios* ha de entenderse de naturaleza contractual, lo que viene corroborado por la remisión contenida en el artículo 1782 a las reglas del depósito voluntario para los otros supuestos de depósito necesario.

Según el artículo 1952 del Código Civil francés, del que tomó ejemplo el español en este punto, también debe ser considerada depósito necesario la introducción de sus pertenencias por los viajeros en los establecimientos hoteleros, y los titulares de éstos responden como depositarios. Pero en esta norma, similar a la española, se introduce un matiz, que no figura en el artículo 1783 de nuestro Código, que claramente supone reconducir, por si la equiparación al depósito fuera insuficiente, la responsabilidad del hotelero al régimen de la contractual. En efecto, el artículo 1952 francés se refiere a la responsabilidad del hotelero frente al viajero *que se aloja en el establecimiento*, supuesto que es distinto al de la persona que simplemente se halla en el hotel sin alojarse en el mismo, a quien también habría que indemnizar los daños producidos por la desaparición de sus pertenencias, pero en este caso, claramente, por responsabilidad extracontractual. De igual manera, en el artículo 1783 del Código civil italiano la responsabilidad del hotelero

⁴¹ BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1692, sostiene que la importancia del artículo 1781 reside en calificar el depósito necesario como un verdadero contrato de depósito, de modo que la necesidad que lo preside no excluye la autonomía de la voluntad; el depósito necesario, sigue, se halla en la frontera, pero todavía dentro, del concepto de contrato.

por las cosas que el huésped lleva consigo se reconduce al tiempo durante el cual éste dispone del alojamiento, y, junto a esto, no se alude al viajero, como de forma imprecisa hacen los códigos francés y español, sino al *cliente*, lo que evidencia que se trata de la responsabilidad exigible por la contraparte del contrato. Y, por último, el parágrafo 701 del Código alemán, además de referirse a la responsabilidad frente a los huéspedes *alojados*, alude a la sustracción de cosas introducidas en el hotel o ubicadas fuera del mismo por recomendación del hotelero o en lugares custodiados por éste.

Finalmente, atención especial, por las peculiaridades del caso, merece el supuesto de la sustracción del equipaje del viajero antes de la contratación del hospedaje, como caso en que la duda sobre la naturaleza de la responsabilidad del hotelero, contractual o extracontractual, es mayor. Nos referimos a la desaparición de las pertenencias del potencial cliente, cuando todavía está inspeccionando las instalaciones o habitaciones, o simplemente ha entrado en el hotel con ánimo de contratar sin haber pactado su hospedaje todavía. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de mayo de 2003 (AC 2003/2102) consideró «evidente» la responsabilidad del titular del establecimiento por la pérdida del equipaje que el cliente dejó en el hall para subir a examinar las habitaciones. El tribunal condenó a los demandados, «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 [...]».

Asimismo, la doctrina es partidaria de la responsabilidad del titular del establecimiento, con base fundamentalmente en que se trata de una responsabilidad inherente al desarrollo de la actividad hotelera, que abarca los actos que le preceden y que le siguen: la responsabilidad del fondista comienza desde el momento en que el cliente introduce sus efectos en el establecimiento y se prolonga todo el tiempo que permanezca en el mismo⁴².

Nosotros también pensamos que la responsabilidad del hotelero es indudable, pero por razones diferentes a la anterior. Algunos autores defienden que la responsabilidad del hotelero deriva su

⁴² ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 304-305; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 508, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, p. 336, y «Comentario...», p. 363; DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 142; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «Cajas de seguridad...», p. 726; MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 164.

obligación legal de custodiar lo que se halle en su esfera de control, y que es una responsabilidad aneja a su actividad empresarial, pero que no deriva de contrato alguno, pues éste no se habrá celebrado todavía. Nosotros preferimos entender que la responsabilidad del fondista deriva de los deberes que incumben a las partes en la fase de preparación del contrato, y que, por tanto, se halla en íntima conexión con éste. En efecto, la responsabilidad del hotelero es obvia sobre todo en los casos en que existía una reserva previa de habitación (como en el caso decidido por la Audiencia Provincial de Barcelona), supuestos de clara responsabilidad precontractual fácilmente asimilables a los de responsabilidad contractual (a efectos de determinación del régimen jurídico), pero también en los demás, por haberse vulnerado los deberes de protección que pesan sobre las partes en la etapa precontractual, generándose una *culpa in contrahendo*. En efecto, la doctrina coincide en afirmar la existencia de unos deberes de protección en la fase preparatoria del contrato, basados en la confianza y en la buena fe, que obligan a cada parte a proteger o evitar daños en la persona o bienes de la otra⁴³. 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. En este sentido cabe mencionar los artículos 701.2.2.º B.G.B. y 1783 del Código Civil italiano, que disponen la responsabilidad del hotelero por las cosas introducidas en el establecimiento por el cliente, respecto de las cuales aquél haya asumido un deber de custodia (aunque se trate de cosas meramente introducidas y no consignadas para su guarda) durante un período de tiempo razonable, precedente o sucesivo a aquel en que el cliente dispone del alojamiento. Según estas normas, por tanto, no es el mero desarrollo de una actividad hotelera lo que desencadena la responsabilidad, sino el hecho de haberse asumido *un deber de custodia* sobre las pertenencias del *cliente* durante *el tiempo del alojamiento y el inmediatamente anterior y posterior al mismo*, datos indicativos de una responsabilidad contractual, pues se origina por el incumplimiento de una obligación de guarda que emana del contrato de hospedaje celebrado con un cliente y se extiende a las fases pre y poscontractual. Si bien el hecho de desarrollar una actividad hotelera puede ser suficiente para la aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual a los daños sufridos por

⁴³ GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, p. 56; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...* p. 87 y 181 ss.; GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad precontractual», *EJB*, vol. IV, Madrid, 1995, p. 5959.

terceros, no es bastante para la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual diseñado por la ley, favorable al perjudicado.

III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA/POR CULPA. RESPONSABILIDAD AGRAVADA

Es lugar común en doctrina y jurisprudencia afirmar que la responsabilidad de los hoteleros en una responsabilidad objetiva o una responsabilidad por riesgo profesional. Así, en la sentencia de 11 de julio de 1989 (RJ 1989/5598), el TS sostuvo que en los artículos 1783 y 1784 CC se regulaba una responsabilidad excepcional, fundada en el riesgo profesional o de empresa, que nace desde el momento de la introducción de sus efectos en el hotel por el huésped y por ese hecho, sin necesidad de contrato de depósito ni de aceptación del fondista. En la posterior sentencia de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), el Alto Tribunal explicó la tendencia a la objetivación de esta responsabilidad en unos términos que transcribimos por ser reiterados frecuentemente en la jurisprudencia menor: «La responsabilidad civil de hoteleros y fondistas experimenta actualmente la evolución debida a los avances de la responsabilidad objetiva, reflejados en la Convención de la Comunidad Económica Europea de 17 de diciembre de 1962 y en algunos Códigos Civiles, como el alemán modificado ya por Ley de 24 de marzo de 1966 en su parágrafo 701 y siguientes, donde siguiendo el criterio de la responsabilidad por riesgo no es preciso probar ya la culpa del hotelero en la desaparición de los efectos introducidos en el hotel; pero estas tendencias no llegan a imponer a los titulares del establecimiento la responsabilidad por los daños sufridos en supuesto de fuerza mayor, al igual que ocurre en otras leyes especiales, como la de navegación aérea o energética». Las Audiencias Provinciales se hicieron eco de la doctrina contenida en ambas resoluciones del Tribunal Supremo, y suelen apreciar, con cita de las mismas, una responsabilidad por riesgo profesional o una responsabilidad objetiva del hotelero, ajena a toda idea de culpa o negligencia del mismo⁴⁴.

La misma tesis de la responsabilidad objetiva obtienen distintos autores del estudio de los artículos 1783 y 1784 CC: no es una responsabilidad subjetiva, pues el deudor no puede exonerarse pro-

⁴⁴ SSAP Asturias 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), Murcia 5 de septiembre de 1994 (AC 1994/1503), Málaga 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247) y 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/145206), Valencia 13 diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), Barcelona 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048), Granada 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168) y 10 diciembre de 2004 (AC 2004/122), Madrid 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652), Las Palmas 6 de noviembre de 2004 (JUR 2004/114817).

bando su diligencia, sino que responde aunque la circunstancia causante del daño no le sea imputable, incluso de los casos fortuitos y de los hechos de los extraños (no sólo de los de sus dependientes o auxiliares); las únicas circunstancias que eximen al hotelero de responsabilidad son muy concretas: «robo a mano armada» u «otro suceso de fuerza mayor»⁴⁵.

Aceptando que aquellos preceptos prescinden de la culpa del hotelero, cabe todavía preguntarse por el fundamento de esta responsabilidad objetiva. Éste se ha encontrado en el carácter público del establecimiento⁴⁶, y, en efecto, puede pensarse que las características propias de estos locales, abiertos a la libre afluencia de clientes (o posibles clientes, o falsos clientes), crea el peligro de sustracción de las pertenencias de los huéspedes. Dando un paso más, el carácter público del hotel justifica, en opinión de doctrina y jurisprudencia, no sólo la responsabilidad objetiva del fondista, sino también el alcance de la misma, que abarca, como han repetido constantemente los tribunales, los casos fortuitos, resultando una responsabilidad agravada en comparación con la general⁴⁷.

⁴⁵ BONET CORREA, *ob. cit.*, pp. 38-39, 41; RODRÍGUEZ BUIÁN, *ob. cit.*, pp. 149, 163; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 480, 483-484, 495, y *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, pp. 337-338; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996, p. 581; BADOSA COLL, *ob. cit.*, pp. 1698 y 1700; Díez SOTO, *ob. cit.*, p. 143; BADENAS CARPIO, *ob. cit.*, p. 628; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 486; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «Cajas de seguridad...», p. 721, y «El hotel no responde de los objetos de valor no entregados en recepción», *ADC*, 2004, IV, p. 1524; BARRERA PÉREZ, «Responsabilidad de los hoteleros por los vehículos introducidos en sus establecimientos. Comentario a la SAP de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004, 1082)», *RdP*, 2005, núm. 14, p. 245; HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pp. 612 y 614; SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, p. 2067.

ROCA JUAN, *ob. cit.*, p. 301, sostiene que la tesis de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo profesional parece perfectamente aceptable en principio, pero encuentra una dificultad: el artículo 1784 exige de responsabilidad al fondista en los casos de fuerza mayor, y ello parece mantener, por contrario sentido, el criterio de la responsabilidad por culpa, que, desde luego, excluye los sucesos de fuerza mayor; a no ser que se entienda, lo que cree difícil, que la fuerza mayor es suceso extraño o ajeno al riesgo profesional.

⁴⁶ BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1698, mantiene que el carácter público del establecimiento implica una correspondiente legitimación que el mesonero otorga a los posibles causantes del daño, empleados o viajeros para situarse en el lugar que les permita causar daño a los efectos.

También se explica la responsabilidad del fondista por el carácter público del establecimiento en la SAP Barcelona 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048).

⁴⁷ SSTS 11 de julio de 89 (RJ 1989/5598), 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569), y SSAP Murcia 5 de septiembre de 1994 (AC 1994/1503), Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), Las Palmas 19 de noviembre de 2002 (JUR 2002/35166), Madrid, 9 de julio de 2003 (JUR 2003/22652), Granada 10 de diciembre de 2004 (AC 2004/122).

Califican de agravada la responsabilidad del fondista BONET CORREA, *ob. cit.*, p. 38; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 480, 483-484; PÉREZ ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pp. 533 y 536; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 417; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 486; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «Cajas de seguridad...», p. 720; HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pp. 612 y 614.

Sobre estas ideas es preciso hacer varias precisiones, que adelantamos. La primera, en la que no vamos a insistir por lo que ha quedado expuesto en las páginas anteriores, es que los artículos 1783 y 1784 no serán aplicables siempre y en todo supuesto de robo de las pertenencias de los huéspedes, sino que habrá que distinguir los hechos que pueden cobijarse en el supuesto de hecho de dichas normas y los que han de reconducirse a las del contrato de depósito en general, junto con las obligaciones comprometidas en cada caso. Por tanto, no siempre se tratará de una responsabilidad objetiva y agravada, sino que en algunos casos (los de entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte) puede tratarse de una responsabilidad por culpa, de menor alcance. No obstante, esta última afirmación se somete a revisión en las líneas que siguen.

En los casos en que sea aplicable el régimen legal (habitaciones y dependencias del hotel), no es una responsabilidad agravada por responder del caso fortuito, pero sí podría ser una responsabilidad agravada por otras razones. Por otra parte, en estos supuestos, aunque se hable de una responsabilidad objetiva, también influye la diligencia en la delimitación de la esfera de riesgo atribuida al profesional o empresario, a lo que se une que los tribunales aplican la culpa directamente en ocasiones.

En los casos en que es una responsabilidad subjetiva, por aplicarse el régimen general de responsabilidad, al tratarse de un depósito voluntario (cajas de seguridad), en principio el superior nivel de diligencia exigible al hotelero respecto al depositario en general conduce a similares resultados que la tesis de la responsabilidad por riesgo. Pero debe examinarse si es para estos casos, en los que puede apreciarse un contrato de depósito de determinados objetos para su custodia especial, para los que debe sugerirse la existencia de una responsabilidad agravada, y no tanto para los de sustracción de las pertenencias para las que no se ha pactado un cuidado cualificado.

Finalmente, la responsabilidad por los hechos ajenos tampoco supone una especialidad del régimen de responsabilidad del fondista, ni una agravación del mismo, principalmente por dos razones: una es que si la sustracción se produce frente a los empleados o dependientes, la responsabilidad del empresario por los hechos de éstos es la regla general en sede de responsabilidad contractual; y la otra es que el hotelero responde frente al cliente en todo caso de sustracción, aun tratándose del hecho de un extraño, porque, como veremos, no se trata de un caso fortuito, sino de la esfera de riesgo que le corresponde como empresario o profesional de este sector.

1. SUSTRACCIÓN DE EFECTOS EN LAS HABITACIONES O DEPENDENCIAS DEL HOTEL: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784

La regla del artículo 1784, disponiendo la extensión de la responsabilidad del fondista a los casos fortuitos, pues responde incluso por los hechos de extraños, y sólo queda exonerado en casos de fuerza mayor, supone, para doctrina y jurisprudencia, como se adelantó, una responsabilidad objetiva y agravada para el hotelero.

1.1 La responsabilidad «agravada» del fondista: posible fundamento de esta consideración

Aunque la tesis de la responsabilidad agravada del hotelero se halle muy extendida, pensamos que el fundamento y consiguiente disciplina de los artículos 1783 y 1784 conducen a distinta conclusión: no se trata de una responsabilidad agravada para el fondista porque comprenda los casos fortuitos, sino que se trata, sin más, de la responsabilidad que le corresponde por los riesgos que se asignan a su actividad empresarial. Lo que en otros ámbitos podría constituir caso fortuito, el robo, en el sector hotelero no lo es, y, por tanto, la atribución de estos daños al fondista no supone agravar su responsabilidad, sino simplemente disponer la que le corresponde. El legislador ha distribuido los riesgos para las partes en este ámbito, asignando casi todos ellos al titular del hotel y atribuyendo al cliente sólo el derivado de robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor.

Las características del tipo de establecimiento y de actividad empresarial fundamentan el régimen contenido en los artículos 1783 y 1784, y explican que no pueda considerarse caso fortuito el hecho de un tercero: el peligro de actuación de terceros en el local, sustrayendo los efectos de los viajeros, entra de lleno en el ámbito del riesgo atribuido al hotelero y en la esfera de control por la cual éste responde, de acuerdo con una distribución de los posibles daños⁴⁸. De modo que no se trata de que el titular del estableci-

⁴⁸ DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 590, 604, explica que las características de la empresa o del establecimiento del deudor, junto con el tipo de diligencia exigible a un profesional o empresario, pueden impedir que sea considerado caso fortuito en todo caso el hecho del tercero; en relación con el artículo 1784 en concreto, considera que los casos comprendidos en él no merecen la consideración de estrictos casos fortuitos, en la medida en que entrañan supuestos colocados bajo el control de quien, por hipótesis, es un empresario. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 513, también afirma que en el artículo 1784 se niega virtualidad liberatoria a las sustracciones de menor gravedad porque se consideran como un riesgo típico de la actividad hostelera, con lo que su producción,

miento responda por el caso fortuito, mas no por la fuerza mayor, como tradicionalmente se viene explicando, sino que responde en todo caso, salvo algunos supuestos especialmente graves que el Código considera fuerza mayor, atribuidos al viajero. Sólo se considera caso fortuito o fuerza mayor, como se prefiera⁴⁹, el robo a mano armada, pero no el hurto o robo sin más, por ser hechos comprendidos en el riesgo cubierto por la responsabilidad del fondista.

De acuerdo con lo anterior, la tradicional concepción jurisprudencial de la responsabilidad del hotelero como responsabilidad agravada requiere algunas precisiones⁵⁰. No es una responsabilidad agravada, como han sostenido numerosas resoluciones judiciales, por el dato de comprender el caso fortuito, pues la actuación de terceros no lo es en este ámbito. En ese sentido, es la misma responsabilidad que puede originarse en la generalidad de los casos, que sólo se excluye en los supuestos de lo que en cada ámbito pueda reputarse caso fortuito (o fuerza mayor). El hotelero responde, como todo deudor, salvo supuestos especialmente graves. Pero sí podría considerarse, en cambio, una responsabilidad agravada en otros dos sentidos diferentes.

Ciertamente, en principio parece que el régimen dispuesto en los artículos 1783 y 1784 origina una responsabilidad para el hotelero de mayor alcance que la que corresponde al deudor en general, de modo que en los casos en que resulten aplicables dichos preceptos puede resultar acertado entender que la del fondista es una responsabilidad agravada. Ahora bien, no lo es en el sentido en que se

lejos de ser un evento liberatorio, supone la verificación del presupuesto de la responsabilidad asentada sobre aquél.

⁴⁹ Ya se sabe que doctrina y jurisprudencia suelen presentar al artículo 1784 como ejemplo de una excepción a la regla de equiparación entre el caso fortuito y la fuerza mayor: el hotelero responde por el primero, pero no por el segundo. Pero, como se ha explicado, la sustracción por terceros de los efectos de los viajeros no puede considerarse caso fortuito en el sector hotelero. Por tanto, una de dos: si en el artículo 1784 no es caso fortuito lo que en teoría lo sería, la actuación de terceros, sí lo será el robo a mano armada u otros sucesos especialmente graves, de modo que sigue siendo confusa la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, y aunque dicha norma utiliza la segunda expresión, podría haber utilizado la primera. La otra posibilidad es pensar, por el contrario, que el artículo 1784 es una muestra de la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, liberando al fondista de responsabilidad sólo esta última. Nosotros nos inclinamos por la primera alternativa, pues el tipo de actividad a que se destina el establecimiento, permisiva de la entrada y salida de personas sin control o exigencia de identificación alguna, explica la responsabilidad por riesgo del profesional, y que en este ámbito no pueda considerarse caso fortuito la sustracción por terceros ajenos a la relación contractual, lo que en los supuestos generales lo sería, de modo que sólo cabe una única causa de exoneración de responsabilidad, llámese caso fortuito, llámese fuerza mayor. Ésta se referirá a los supuestos especialmente graves, como los tradicionales de terremotos, inundaciones, etc., y respecto al robo, sólo a aquel que se lleve a cabo en circunstancias extremas como la de ser «a mano armada».

⁵⁰ Díez Soto, *El depósito profesional*, pp. 145-146, 202-207, se plantea en qué medida los artículos 1783 y 1784 contienen un régimen especial o, por el contrario, sus normas no son sustancialmente diferentes de las generales sobre responsabilidad contractual.

entiende usualmente, como se acaba de explicar, sino en otros distintos.

Por un lado, podría considerarse una responsabilidad agravada en cuanto responsabilidad objetiva, puesto que, si no concurre una causa exoneratoria, el hotelero responde sin que quepa prueba alguna de su diligencia. Entendida así, sí puede afirmarse que la responsabilidad de este profesional es de mayor alcance que la del deudor en general, porque mientras el fondista sólo queda exonerado probando fuerza mayor (y una fuerza mayor que no comprende todo robo), otro deudor puede acreditar, además de eso, que no fue negligente en el cumplimiento. No obstante, las consideraciones que expondremos en el apartado siguiente en relación con los objetos entregados para su custodia, vendrán a desmentir también la caracterización de la responsabilidad consagrada en los artículos 1783 y 1784 como responsabilidad agravada. Y conviene advertir que la admisión de la prueba de la diligencia del deudor implica asumir una línea subjetivista para nuestro sistema de responsabilidad contractual, que es discutible para algunos autores⁵¹. Sin entrar en esta disquisición doctrinal, de mayor calado que las pretensiones de este trabajo, pensamos que es oportuno partir de un sistema basado en la culpa para examinar la responsabilidad del hotelero, porque parece que es el punto de vista adoptado por la jurisprudencia en este tema: se suele resaltar que la responsabilidad del fondista es objetiva y excepcional, lo que significa contraponerla a la del deudor en general, que sería, por tanto, subjetiva; es más, en las sentencias en que se aplican las normas del depósito voluntario, los artículos 1766 y 1769 en relación con los artículos 1102 y 1104 CC, el tribunal explica que se trata de una responsabilidad por dolo o culpa del depositario⁵².

Por otro lado, puede sostenerse que es una responsabilidad agravada, en comparación con la del deudor en general, porque la fuerza mayor que exonera de responsabilidad al fondista queda restringida en el artículo 1784 al robo «a mano armada», y no cabe en la misma cualquier robo o hurto. Esta limitación obedece precisamente a esa idea del riesgo profesional que explica también que no sea caso fortuito en este sector la sustracción de objetos de los viajeros, habida cuenta del carácter público del establecimiento y de las características de la empresa. Pero cabe preguntarse por qué es el dato de la utilización de armas el que permite considerar fuerza

⁵¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 573 ss; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, III, pp. 1056 ss.

⁵² STS 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569) y SAP Granada 10 de diciembre de 2004 (AC 2004/122).

mayor al suceso, y, por tanto, eximir de responsabilidad al hotelero. ¿Es que el hecho de ir armado el delincuente no entra en el ámbito del riesgo profesional por el que el fondista responde? Si es así, como parece ser a la vista del tenor literal del precepto, los titulares de establecimientos hoteleros estarán deseosos de que sus ladrones utilicen armas. En suma, nos 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 ellas⁵³. 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.

Por otra parte, de la previsión de esta causa exoneratoria surgen algunos problemas de delimitación, pues queda en la incertidumbre si lo que libera al fondista es sólo el hecho de que el delincuente utilice las armas en la comisión del delito, o también el hecho de que las lleve consigo aunque no se vea en la necesidad de utilizarlas. Creemos que la primera alternativa es más coherente con la finalidad de la norma⁵⁴, que se orienta a ampliar la responsabilidad del hotelero con la consiguiente restricción de causas eximentes. De otro modo, si el dato de portar armas exonerara de responsabilidad, no tendría sentido la inclusión de los hechos de extraños en el ámbito de su responsabilidad, pues es frecuente que los ladro-

⁵³ JORDANO FRAGA, «Comentario...», p. 368, plantea que el hotelero se preguntará para qué invertir en medidas contra el robo a mano armada si no responderá cuando se produzca; si, dice este autor, da lo mismo adoptar medidas frente al robo a mano armada que dejar de hacerlo, ¿no es esto una tácita invitación a que dichas medidas no se adopten en ningún caso? Por eso, concluye, 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 del hotelero.

⁵⁴ Así, en la STS 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696) se entendió que concurría la causa exoneratoria de responsabilidad prevista en el artículo 1784, al constar que unos individuos armados con pistola y escopeta intimidaron a los dos vigilantes del hotel, violentaron las cajas de seguridad y abrieron con las llaves de la empresa la caja que contenía el depósito de las demandantes. A la misma conclusión se llegó en la SAP Madrid 9 de junio de 2002 (JUR 2003/22652), pues cuando los demandantes se hallaban en el pasillo para entrar a su habitación, se les acercaron dos individuos, armados con sendas navajas de grandes dimensiones, con las que les amenazaron e intimidaron para que entraran, les ataron y les robaron los efectos introducidos en su habitación. Por el contrario, en la SAP Las Palmas 19 de noviembre de 2002 (JUR 2002/35166), se consideró, con cita de la mencionada sentencia del TS, que no existía fuerza mayor, pues el suceso se dio en una habitación de hotel cuyas puertas y ventanas aparecían abiertas y la caja de caudales desaparecida.

nes las lleven y también es normal que no las utilicen, ya que generalmente los delitos se cometen estando vacías las habitaciones.

En fin, como responsabilidad objetiva, basada en un reparto de los riesgos entre las partes, sin cabida a prueba alguna de la diligencia, sí podría considerarse en principio (pues las consideraciones contenidas en el apartado 2) vendrán a desmentir esta afirmación) la responsabilidad que establece el Código Civil para el hotelero de mayor alcance que la exigible en términos generales. El daño derivado del robo o hurto se atribuye al fondista, sea o no diligente, y sólo el producido por un robo a mano armada corresponde al cliente. En principio, es un reparto de peligros que se corresponde con el carácter oneroso del contrato y con la idea de que el mismo se celebra en beneficio de ambas partes⁵⁵. El sistema, basado en el riesgo profesional y en una distribución de los posibles daños inherentes al tipo de actividad y de establecimiento, conduce a un ensanchamiento del nexo causal y a entender incluidos en la responsabilidad del fondista algunos supuestos, los de la actuación de un tercero, que rompen la relación de causalidad en la generalidad de los casos.

Lo que ocurre es que la pretendida responsabilidad objetiva, basada en una asignación de riesgos, aparece después teñida de elementos de corte subjetivo, pues se considera que el robo de las pertenencias de los clientes corresponde al círculo industrial que domina el hotelero por la mayor diligencia exigible al empresario. Los tribunales suelen definir la esfera de riesgo asignada al empresario en términos de evitabilidad y previsibilidad, de acuerdo con una diligencia superior a la del deudor en general. Pero veámoslo más despacio.

1.2 La responsabilidad objetiva del fondista. Influencia de la culpa en la delimitación de su responsabilidad

Cuando los hechos puedan subsumirse en el supuesto de los artículos 1783 y 1784, el hotelero responde objetivamente, según la tesis mayoritaria. Ahora bien, no es del todo cierto que se prescindiera absolutamente de la culpa del fondista al disponer su responsabilidad, pues el nivel de diligencia exigible al mismo influye en la previa delimitación de su esfera de riesgo.

De modo que puede afirmarse que es una responsabilidad ajena a la idea de culpa en cuanto basada en una asignación de riesgos al

⁵⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 580, explica, a propósito de la tendencia a la objetivación de la responsabilidad contractual, que el grado de responsabilidad coincide en alguna medida con el de distribución de los beneficios y de las cargas derivadas del contrato, que eran distintas según se tratara de un contrato establecido en ventaja exclusiva del acreedor, en ventaja conjunta del acreedor y deudor, o en ventaja exclusiva del deudor.

hotelero, pero la diligencia exigible al mismo influye en la previa determinación por la jurisprudencia de los que se le atribuyen. Así pues, producido el daño en su ámbito de control, responde sin que proceda entrar a analizar su diligencia o negligencia, pero dicho ámbito ha quedado definido por los tribunales por la diligencia que le es exigible como empresario. La delimitación de la esfera de riesgo en la que responde se ha realizado ampliamente, porque su condición de profesional aumenta el nivel de lo previsible y evitable por él.

En este sentido, la jurisprudencia entiende que los artículos 1783 y 1784 prescinden de la culpa, pero, contradiciendo este punto de partida, no valora la fuerza mayor exoneratoria en términos objetivos, en conexión con la ruptura del nexo causal, como correspondería de acuerdo con esa premisa, sino con criterios de corte subjetivo, como la previsibilidad o evitabilidad, consideradas, además, de acuerdo con la mayor diligencia exigible al empresario o profesional. Sirvan como ejemplo las siguientes sentencias. La del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/1696), aunque en principio alude a la fuerza mayor como «hechos que están fuera del círculo industrial de la empresa y que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia de su manifestación», termina afirmando que el robo a mano armada producido en el caso lo es, pues es un «hecho frente al cual no pudieron reaccionar los empleados de la empresa por ser imprevisto y a la sazón inevitable». En la sentencia de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569) el Tribunal Supremo entendió, y esta argumentación se repite en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 diciembre de 2004 (AC 2004/122), que los hechos «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...»⁵⁶. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652) define el caso fortuito y la fuerza mayor en términos de previsibilidad y evitabilidad.

Así pues, en principio la sustracción de los efectos de los viajeros por terceros entra en el «círculo industrial que domina» el hotelero, y el robo se considera accidente propio del curso normal de la vida. Esta intervención de un tercero no es caso fortuito para el fondista, porque es un riesgo propio de su actividad empresarial. Pero después se considera riesgo propio del sector porque en el

⁵⁶ Aunque la doctrina transcrita se refiere expresamente al artículo 1784 CC, hay que tener en cuenta que en el caso se trataba de la introducción de objetos en la caja fuerte central del hotel, y que el Tribunal Supremo opera en principio con las normas del depósito voluntario. Lo mismo ocurre en la SAP citada, en la que se resuelve un supuesto de entrega de equipaje en la recepción del hotel.

mismo los robos son previsibles y evitables. En suma, se trata de un ámbito de control definido por una ampliación de la diligencia exigible. La pretendida responsabilidad por riesgo, a la que suelen apelar casi todas las sentencias, aparece también teñida de valoraciones subjetivas, y la relación de causalidad queda mediatizada o influida por el superior nivel de diligencia, la correspondiente a un profesional o empresario, exigible al hotelero

Finalmente, también hay que hacer notar que la tesis mayoritaria a favor de la responsabilidad por riesgo profesional no ha impedido la existencia de resoluciones judiciales apreciando la culpa del hotelero. La contradicción parece llegar al máximo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), en la que el tribunal comienza afirmando la «responsabilidad objetiva ajena a toda idea de culpa o negligencia en los fondistas o mesoneros por la sustracción de los efectos introducidos por los viajeros en sus establecimientos», pero después se afana en afirmar que en el caso era una responsabilidad por culpa. Se trataba de la sustracción de los objetos que el huésped tenía en su habitación, tras haber avisado los dependientes al titular del establecimiento de la desaparición de duplicado de la llave de dicha habitación. A la vista de este hecho, según la Audiencia, dado lo perentorio del riesgo creado por el mismo, el hotelero venía obligado a adoptar las medidas necesarias para evitar el robo. Al no haberlo hecho, incurrió en negligencia sancionable con el importe del valor de los efectos sustraídos, «con lo que ya no estamos en el supuesto de una responsabilidad objetivada, sino en otra derivada del propio régimen de la culpa contractual», termina la sentencia. Esta resolución no es errónea en el sentido de basar en la culpa la responsabilidad del hotelero, pues predicar una responsabilidad objetiva en algunos supuestos no excluye una reclamación sobre la negligencia del responsable, si así quiere plantearse por el demandante. Pero sí es llamativa, porque parece que lo que quiere el tribunal es recurrir a la culpa para agravar la responsabilidad del titular del establecimiento, pero, aun siendo ese su objetivo, llega al mismo resultado que obtendría prescindiendo de aquella culpa: obligación de indemnizar el valor de los efectos sustraídos. Al tribunal le parece especialmente grave que el hotelero no adoptara ninguna precaución tras el aviso de la desaparición del duplicado de la llave de la habitación en cuestión, mas no extrae ninguna consecuencia añadida de esta circunstancia.

En alguna sentencia, obviando afirmaciones genéricas sobre el carácter de la responsabilidad del hotelero, se afirma directamente su culpa o negligencia en el incumplimiento. Así, en la sentencia

de la Audiencia de Baleares de 4 de diciembre de 2004 (JUR 2004/77789), respecto del hecho dañoso, el robo de una moto en el garaje del hotel, se sostiene que la «causa es imputable a la demandada, al no adoptar las cautelas oportunas en orden a la debida guarda y vigilancia de los vehículos de sus clientes –mantenimiento de la puerta debidamente cerrada y vigilancia adecuada–». En otras resoluciones la culpa del titular del establecimiento aparece combinada con la del cliente, pues la negligencia de este último también es valorada. De este modo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002/208616) 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, para que la guardaran en lugar más adecuado, como la caja fuerte del hotel, en lugar del trastero de recepción destinado a guardar maletas. Asimismo, la sentencia de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003/29434) considera menor la indemnización a recibir por el cliente porque existía concurrencia de culpas, y, por tanto, compensación de las mismas, habida cuenta de que no habían funcionado las medidas de seguridad del hotel, pero el huésped podía haber utilizado las cajas de seguridad hasta el momento mismo de la partida, en lugar de dejar las maletas preparadas en la habitación, conteniendo las joyas cuyo valor se reclama. Por último, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082), aunque finalmente no se tiene en cuenta la negligencia del cliente por no haber sido acreditada debidamente por el hotelero demandado, resultando éste condenado, sí se discutió la posibilidad de que la sustracción del coche estacionado en el garaje del hotel se hubiera producido por la propia culpa del viajero: el hotelero demandado alegó, entre otras cosas, el sistema de llave magnética con código individualizado y el registro informático en el ordenador central de la última llave que abre cada puerta, de lo que deducía el descuido o negligencia del propio demandante por pérdida, sustracción o entrega de la tarjeta de apertura a otra per-

sona; la Audiencia entendió que estos argumentos no habían quedado acreditados, pues el titular del hotel no presentó dicho soporte informático, a lo que se une que el sistema del código por cliente no garantiza una seguridad absoluta, ni que el hotel no pueda tener empleados desleales (los de recepción o limpieza, que tienen una llave maestra) que aprovechen la situación.

Finalmente, conviene advertir que la culpa del hotelero también se tiene en cuenta en otros Derechos europeos en los supuestos de responsabilidad objetiva, incluso para aquellos casos en que la responsabilidad del empresario es limitada. Así ocurre en los Códigos alemán (art. 702. 2), francés (art. 1953. 3) e italiano (art. 1785 bis), donde se fija un tope a la cantidad a indemnizar por el fondista por la sustracción de cosas introducidas en el hotel (y no depositadas para su custodia), pero se añade que este límite cuantitativo no ha de aplicarse cuando ha intervenido culpa del hotelero, de algún miembro de su familia o de sus auxiliares.

2. SUSTRACCIÓN DE EFECTOS DEPOSITADOS EN CAJAS FUERTES: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL GENERAL. POSIBLE RESPONSABILIDAD AGRAVADA DEL HOTELERO. ESPECIAL REFERENCIA A LA UTILIZACIÓN DE LA CAJA INDIVIDUAL DE LA HABITACIÓN

Como se ha explicado, los artículos 1783 y 1784 no serán aplicables a todo supuesto de sustracción de los objetos de los viajeros, de modo que la responsabilidad del hotelero sería la especial agravada que disponen estos preceptos en los casos en que los mismos sean aplicables, pero no en todos. Así, cuando se considere más acertado apreciar un contrato de depósito voluntario serán de aplicación las reglas generales sobre responsabilidad contractual, y, por consiguiente, volverá a ser admisible la prueba de la diligencia: por un lado, el artículo 1766 remite a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, donde se contiene, entre otras reglas, la presunción de culpa del deudor en nuestro sistema de responsabilidad contractual (art. 1183); y, por otro lado, el artículo 1769. 2 contiene una presunción de culpa del depositario, todo lo cual implica una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al deudor la de su diligencia en el cumplimiento de la obligación.

Un ejemplo de responsabilidad basada en la culpa puede hallarse en la sentencia de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569), en la que el Tribunal Supremo aplicó los artículos 1766 y 1769 a un caso de entrega de dinero y joyas para su guarda en la caja fuerte del esta-

blecimiento, e imputó la responsabilidad por su pérdida al titular del establecimiento hotelero con base en la presunción de culpa del depositario contenida en el párrafo segundo del artículo 1769. El Tribunal Supremo explica que al depósito de cosa cerrada y sellada sólo se refiere el primer párrafo del artículo 1769, de manera que la presunción de culpa del depositario establecida en el párrafo segundo, así como la presunción de verdad de la declaración del depositante en cuanto al valor de lo depositado dispuesta en el párrafo tercero, son aplicables a todo depósito. La misma doctrina se puede encontrar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168).

Por tanto, de acuerdo con el artículo 1769, así como con las normas generales sobre responsabilidad, aplicables por la remisión contenida en el artículo 1766, el depositario puede exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones de guarda y restitución cuando no concurra culpa por su parte; incluso cuando haya acaecido alguna circunstancia que haya impedido el cumplimiento (caso fortuito), es necesario que la falta de realización de la prestación no le sea imputable, por ser aquél evento imprevisible o inevitable. El Tribunal Supremo resolvió así, en la sentencia de 1994 arriba citada, apreciando una custodia negligente de los objetos depositados, con base en los artículos 1766 y 1769, en relación con los artículos 1102 y 1104, normativa que regula «una evidente responsabilidad por dolo o culpa del depositario», que habrá de regularse, según el Alto Tribunal, por los preceptos de las obligaciones en general, entre los que se hallan los artículos 1255, 1256, 1258, 1101 y 1104. Doctrina ésta que se repite en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de diciembre de 2004 (AC 2004/122), en relación con la pérdida del equipaje entregado en recepción y probablemente desaparecido por su introducción en un autobús erróneamente.

Como ya advertimos en otro lugar, este planteamiento supone adoptar la línea subjetivista tradicional a propósito de la responsabilidad contractual, puesta en tela de juicio por importantes autores que se centran en el hecho del incumplimiento. Acoger en este trabajo la perspectiva de la responsabilidad por culpa no significa compartirla o prejuzgar el sistema de responsabilidad contractual, pues sólo se trata de partir de la posición de la jurisprudencia en el tema de la responsabilidad de los hoteleros, para el que claramente los tribunales contraponen la responsabilidad objetiva a la responsabilidad por culpa. Siendo esto así, resulta preciso recordar el nivel de diligencia exigible al hotelero. Para el depositario en general, la diligencia exigible es la correspondiente a un buen padre de fami-

lia (art. 1104.2), pero para el depositario que presta el servicio como profesional aumenta el nivel de diligencia exigible, que ha de ser la correspondiente a un buen profesional del ramo (art. 1104.1)⁵⁷.

El hotelero que presta un servicio especial de custodia ofrece una prestación similar a la de un profesional, pues dispone a favor de los clientes una actividad cualificada respecto al deber accesorio de conducta existente en relación con la mera introducción del equipaje en el hotel. Si ya en este último supuesto responde, por el hecho de ser un empresario, por los eventos acaecidos en su esfera de control como tal, en los casos en que ofrece un servicio específico para tratar de evitar la pérdida, habrá de responder en la misma forma que si de un depósito profesional se tratara. Es obvio que el hotelero en general no es un depositario profesional, pero sí puede ser considerado así cuando se trata de la prestación específica de custodia de los objetos entregados por los viajeros. Si bien en el caso de la mera introducción de sus pertenencias por los huéspedes sólo puede hablarse de una obligación de custodia accesorio, cuando se trata de la entrega para su guarda en cajas fuertes la obligación de custodia se convierte en principal.

No obstante, si todavía se quisiera matizar y marcar las diferencias entre un profesional del ramo y el fondista, aún así habría que admitir el mayor nivel de diligencia exigible en cuanto servicio especial remunerado⁵⁸. Si el establecimiento, como es normal, repercute la prestación de este servicio en el precio global, o lo cobra de forma individualizada, es consecuencia lógica que responda en mayor medida que si de un servicio gratuito se tratara⁵⁹.

⁵⁷ DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, pp. 202-207, 209; MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 109-117.

⁵⁸ MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 11, apunta que así como todo depósito profesional es remunerado, ya sea directamente como contrato principal, o indirectamente como prestación accesorio a otro contrato principal de carácter oneroso, en el que se inserta, no todo depósito remunerado es realizado por un profesional, por lo que es preciso distinguir ambas figuras.

De acuerdo con esta autora, puede que en el caso del hotelero estemos ante un depósito remunerado no prestado, sin embargo, por un profesional. Pero nos parece conveniente equiparar el fondista al depositario profesional con el fin de diferenciar las diversas prestaciones comprometidas, y afirmar que así como en el caso de habitaciones o espacios comunes del hotel es una responsabilidad por riesgo, basada en el incumplimiento (que se da por supuesto) de un deber accesorio (complementario de las prestaciones principales) de conducta, en el caso de la entrega para la guarda en caja fuerte, sin embargo, es una responsabilidad originada por el incumplimiento de una obligación de custodia, específica y de mayor alcance.

⁵⁹ La SAP de Asturias 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365) rechaza que en el caso nos hallemos ante una responsabilidad objetivada, pues se trataba de una responsabilidad basada en la culpa, «máxime si de un depósito retribuido se trata, porque en tal caso, como es sabido, la responsabilidad del depositario se agrava». No obstante, esta doctrina, aunque acertada en líneas generales, no lo era para los hechos que se enjuiciaban, que consistían en la mera sustracción del equipaje introducido en la habitación. Lo que ocurría, en realidad, es que al Tribunal le parecía especialmente grave que el establecimiento no adoptase ninguna medida tras haber recibido el aviso de que había desaparecido el duplicado de la llave

El cobro, directo o indirecto ⁶⁰, de la cualificada actividad de guarda supone una agravación de la responsabilidad del hotelero que la presta. De todos es conocido que el carácter gratuito o remunerado del depósito ha sido tradicionalmente uno de los factores determinantes del nivel de responsabilidad del depositario ⁶¹. En fin, como sostiene Díez Soto, se puede acomodar el régimen de responsabilidad del depositario a los caracteres del depósito: según este autor, el Código Civil configura un régimen general de responsabilidad que, por su flexibilidad, resulta especialmente adecuado para un tipo contractual que puede presentarse como oneroso o gratuito (art. 1103); el artículo 1104, sigue Díez Soto, ofrece el mecanismo adecuado para determinar el nivel de diligencia exigible al depositario en función de su propio interés en el contrato y de su eventual profesionalidad ⁶².

Al comienzo de este trabajo señalábamos que no parecía muy razonable que la responsabilidad del hotelero fuera mayor por los efectos de poco valor del huésped, el equipaje meramente introducido en el hotel, respecto del que no ha adoptado ninguna precaución especial, que por las pertenencias de mayor valor, las particularmente depositadas en cajas fuertes, acerca de las cuales, por tanto, se ha pactado un cuidado especial. A simple vista, si por los primeros responde de forma objetiva, esto es, siempre que no concurra la reducida fuerza mayor prevista en las normas legales, y por los segundos sólo cuando hay culpa, la consecuencia es que, efectivamente, precisamente cuando se trata de las cosas más valiosas respecto de las que se ha pactado, además, una custodia particular, el fondista responde en menor medida. De ahí la tesis, doctrinal y jurisprudencial, de la responsabilidad agravada del fondista en los artículos 1783 y 1784 (aunque exista la confusión que se ha explicado en torno al supuesto de hecho de estos preceptos). Y es que, efectivamente, cuando se han entregado las cosas para su guarda

de dicha habitación, y trataba, en consecuencia, de imponer la responsabilidad del titular del hotel con toda clase de argumentos.

⁶⁰ Díez Soto, *ob. cit.*, p. 31, considera que el depósito se presta especialmente a aparecer como contrato auxiliar en el ámbito de otras operaciones realizadas por empresas y profesionales. Estos depósitos asumen con frecuencia una configuración gratuita, que no responde, sin embargo, a un ánimo de liberalidad, ya que la prestación del servicio de custodia no es desinteresada, sino que forma parte de la oferta global del empresario, a quien reporta un beneficio indirecto; y no sólo en términos de publicidad, captación de clientela, etc., sino también en el sentido de que los costes derivados de él repercutirán normalmente en el precio de los servicios ofrecidos con carácter principal.

⁶¹ Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 18-32, explica como, desde el Derecho romano hasta el Código Civil actual, la existencia de una retribución ha influido en el régimen de responsabilidad del depositario. Así, si en el que se hacía gratuitamente por razones de amistad sólo cabía una responsabilidad por dolo, cuando respondía a un intercambio económico, sin embargo, la responsabilidad se extendió a la culpa.

⁶² Díez Soto, *ob. cit.*, pp. 30, 204-205.

cabría la prueba de la diligencia para liberarse de responsabilidad, lo que no sería posible si las cosas se hallan simplemente en habitaciones o espacios comunes y el fondista responde del riesgo de sustracción.

Ahora bien, esta contradicción desaparecería entendiendo que en los casos de depósito voluntario la responsabilidad se origina de acuerdo con el superior nivel de diligencia correspondiente al depositario profesional o al depósito retribuido. Hay que tener en cuenta que el aumento del cuidado exigible, reduce, consiguientemente, la operatividad de la prueba de la diligencia. Y tampoco se puede olvidar que, tratándose de un depósito profesional, el caso fortuito o la fuerza mayor vienen delimitados por ese elevado nivel de diligencia exigible, que viene a ampliar la esfera de control en la que algunos eventos dejan de ser imprevisibles o inevitables, por no considerarse ajenos a la actividad empresarial⁶³. En el ámbito de la responsabilidad del profesional que presta un servicio de depósito, las causas exoneratorias quedan delimitadas por exclusión respecto al «círculo que domina».

Estos argumentos nos permiten salvar el resultado injusto que se produce de entender que por las cosas meramente introducidas el hotelero responde en todo caso (salvo caso fortuito), mientras que por las cosas entregadas en custodia el fondista puede liberarse probando su diligencia en el cumplimiento. Con todo, nos conduce a una conclusión poco satisfactoria, pues parece que la responsabilidad del titular del establecimiento sería igual en todo caso. Ciertamente, en los casos de responsabilidad objetiva o por riesgo, ésta se origina siempre que no concurra un caso fortuito, que ha quedado definido por la diligencia exigible de acuerdo con la condición de empresario o profesional del hotelero, como vimos más arriba. Y en los casos de depósito voluntario de ciertos objetos para su custodia, la exigencia de una diligencia superior a la del deudor en general, habida cuenta también de la condición de profesional o empresario, reduce considerablemente la admisibilidad de la prueba de la diligencia. Por eso, tiene razón Díez Soto cuando afirma que lo decisivo es que al depositario profesional le es exigible un nivel de diligencia especialmente cualificado en el cumplimiento de su obligación de custodia, y apunta la posibilidad de que por la vía de la elevación del nivel de diligencia exigible llegue a configurarse en la práctica un sistema de responsabilidad fundado en el riesgo de empresa. Tan es así, piensa este autor, que la presencia

⁶³ MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 119-146, donde, a propósito del caso fortuito, explica la responsabilidad por riesgo del depositario, y la delimitación de su esfera de control.

del artículo 1104 viene a hacer prácticamente innecesario el recurso, en los casos de depósito profesional, a los criterios de responsabilidad establecidos en los artículos 1783 y 1784⁶⁴.

De manera que parece acertada la tesis de algunos autores, cuando entienden que la del hotelero no es una responsabilidad agravada respecto a la general del deudor, sino que es esta misma⁶⁵. Díez Soto insiste en la elevación del nivel de diligencia exigible al depositario profesional, en comparación con la que corresponde al depositario en general, para llegar a la conclusión de que mediante la exigencia de una diligencia cualificada puede llegarse al mismo resultado que a través de una responsabilidad objetiva: el depositario sólo puede liberarse de responsabilidad cuando pruebe que el incumplimiento de su obligación fue debido a causas ajenas al ámbito de su actividad empresarial. Para este autor, el ejercicio profesional de actividades relacionadas con la custodia directa determina la sujeción del empresario deudor a un régimen de responsabilidad agravado, ya sea por aplicación de los artículos 1783 y 1784, ya sea por aplicación de las normas generales de responsabilidad, atendiendo a las circunstancias de la propia actividad profesional, llegándose por ambos caminos a una responsabilidad por riesgo profesional.

Martín Santisteban, en cambio, considera innecesario elevar la diligencia exigible al hotelero y recurrir a la culpa para fundamentar la responsabilidad de éste; a su juicio, el hotelero responde de los daños que ocurran en su esfera de actividad, tanto si recurrimos a los artículos 1783 y 1784, como si aplicamos las normas generales en materia de responsabilidad contractual (arts. 1105 y 1182 del Código Civil, fundamentalmente).

Por su parte, Jordano Fraga considera que no existen razones que impidan reconducir la responsabilidad del hotelero al sistema general de responsabilidad contractual, siempre que se conciba éste de forma flexible. Entiende este autor que no hay desviación del régimen general de responsabilidad contractual: incumplimiento de una obligación subsistente y exoneración por la prueba liberatoria general, esto es, por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor (contemplada como fuerza mayor en el art. 1784). Tampoco deja de encajar el supuesto en el sistema general de responsabilidad contractual, sigue Jordano Fraga, por admitir que en él funciona un criterio de imputación objetiva, pues no es el único que regula el Código Civil (en el que hay otros), y,

⁶⁴ Díez SOTO, *ob. cit.*, pp. 30, 204-206, 209-210.

⁶⁵ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 490-494, 505, 510-511, 514-515, y «Comentario...», pp. 364-367; Díez SOTO, *ob. cit.*, pp. 145-146; MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 175.

además, el artículo 1105 CC admite que la ley en un caso concreto sustituya un criterio de imputación subjetivo por otro de naturaleza objetiva. Y, en fin, termina el autor citado, si con base en un criterio de imputación basado en la culpa, se exige al hotelero la diligencia propia de un profesional de su ramo y categoría, se llegará a resultados parecidos a los obtenibles por la vía del criterio objetivo del riesgo.

En efecto, las explicaciones anteriores nos han conducido a una aproximación de ambos regímenes, el correspondiente al hotelero como depositario de determinados efectos (depósito voluntario) y el correspondiente al hotelero por las cosas meramente introducidas en el hotel: en ambos casos, la diligencia exigible como empresario o profesional determina la delimitación de su esfera de control y reduce las causas exoneratorias; y si bien en un caso se responde por el riesgo inherente a la actividad profesional, y en el otro, sin embargo, se admite la prueba de la diligencia, resulta que, al final, esta admisión quedaría circunscrita a los mismos casos que eximen de responsabilidad cuando se trata de responsabilidad objetiva, esto es, los casos que exceden del círculo que domina el empresario por ser extraños a su actividad.

Esta asimilación ha tenido algún eco en la jurisprudencia, aunque no resulten muy claros los argumentos en que se basa. Así, en la sentencia de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002/208616) la Audiencia Provincial de Baleares entendió que el resultado era el mismo, la responsabilidad del titular del establecimiento hotelero, ya fuera por aplicación de los artículos 1783 y 1784, ya fuera por aplicación de las reglas generales de las obligaciones y contratos; se trataba de la sustracción de un bolso, que contenía joyas, cuando había sido entregado para su guardia en el trastero de la recepción, destinado a guardar el equipaje de los clientes que van a abandonar el hotel; y el tribunal mantiene dicha responsabilidad «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 las maletas o con un descontrol respecto de algún modo de determinación de quién es su titular»⁶⁶.

⁶⁶ La misma doctrina se aplicó en el caso de la SAP de Barcelona 6 de mayo de 2003 (AC 2003/2102), en relación con la sustracción del equipaje del cliente en el hall del hotel, cuando el cliente subió a las habitaciones para examinarlas. No obstante, esta sentencia es analizada en el apartado correspondiente a la responsabilidad del hotelero por el robo de las pertenencias de los viajeros antes de contratar el hospedaje.

Mas no resulta convincente que el hotelero responda de igual manera tanto si se le entregan objetos, como si no, por lo que no nos parece acertada la remisión a los artículos 1783 y 1784 que contiene el artículo 78.1 de la Orden Ministerial de 1968 para los supuestos de entrega de objetos para su custodia por el hotelero⁶⁷. Creemos que, además de descartar la aplicación de dichos preceptos por referirse a cosas introducidas y no entregadas, es posible ir más allá y llevar los argumentos anteriores hasta sus últimas consecuencias, de lo que podría resultar que la responsabilidad agravada no es la del hotelero como tal, sino la del fondista que ofrece un servicio como depositario, comprometiendo un servicio de custodia. Así, podría entenderse que al hotelero son atribuidos por la ley determinados riesgos en el marco del contrato de hospedaje, pero si, además de corresponderle por ministerio de la ley, el fondista asume la obligación específica de evitarlos, aceptando la entrega de sus pertenencias por los viajeros, para guardarlas con especial cuidado, la responsabilidad que se origine debe ser otra superior. Si el cliente busca el depósito en un dispositivo de seguridad, la caja fuerte, y el titular del establecimiento lo ofrece, no es sino por presuponer en él un mayor nivel de seguridad y vigilancia, cuyo incumplimiento ha de generar una obligación de indemnizar de mayor alcance que la que corresponde a la sustracción de los objetos que se hallan en las habitaciones o dependencias del hotel, sin adoptarse respecto a ellos especial cuidado⁶⁸.

Las palabras de Díez Soto son muy sugerentes para deducir la solución que nosotros proponemos, en el sentido de considerar más grave la responsabilidad del hotelero por las pertenencias de los viajeros especialmente custodiadas que por las meramente introducidas en el hotel. En efecto, según este autor, que el depositario profesional deba aportar una diligencia especialmente cualificada

⁶⁷ JORDANO FRAGA, «Comentario...», p. 370, acepta la aplicación de los artículos 1783 y 1784 por la remisión contenida en el artículo 78 de la norma reglamentaria. Por tanto, a su juicio, aunque los presupuestos sean diferentes en uno y otro caso (en uno la mera introducción y su carácter no clandestino, y en el otro la entrega de la posesión para la custodia), no hay distinción entre responsabilidad contractual del hotelero por la custodia directa (derivada del contrato de depósito accesorio de obligada celebración) y responsabilidad contractual del hotelero por la custodia indirecta (derivada de la ley).

⁶⁸ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Comentario a la STS de 19 de abril de 1988», *CCJC*, 1998, núm. 17, p. 436, sostiene que «la responsabilidad del depositario no puede ser, en cuanto a la guarda, la misma que la de cualquiera que está obligado a entregar una cosa (por ejemplo, el que debe entregar para transmitir, art. 1094). Es decir, parece que no se puede exigir el mismo comportamiento al que guarda como actividad accesoria a otra principal, que al que asume una obligación cuyo principal cometido es el de guardar (depositario). Trasladando este razonamiento a la responsabilidad del hotelero, está claro que no es igual la diligencia exigible al fondista cuando está obligado a guardar y entregar el equipaje del viajero, como prestación accesoria de la de hospedaje, que cuando se compromete a prestar una concreta actividad de custodia de los objetos que se le entregan para este fin.

significa que debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la prestación llegue a hacerse imposible, por causas propias de su actividad empresarial o por causas extrañas pero en el marco de los riesgos previsibles en dicha actividad; el depositario, sigue Díez Soto, que goza de un margen de libertad a la hora de organizar los medios necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones, debe responder también de la idoneidad de los mismos para prevenir y evitar aquellas causas. En suma, podemos resumir las ideas de este autor en la afirmación de que el depositario debe adoptar todas las medidas necesarias para la debida observancia de su obligación de custodia y responde de la idoneidad de las mismas. De manera que si el fondista asume de manera particular, para las pertenencias entregadas por los viajeros con esa finalidad, una específica obligación de custodia, se eleva el nivel de diligencia que ha de prestar, y, por tanto, no responde ya sólo por el riesgo inherente a la actividad empresarial de hospedaje, sino en la manera correspondiente al incumplimiento de una obligación que exigía un cuidado superior al propio de esa actividad empresarial. Sin embargo, estos deberes no corresponden al hotelero como tal en relación con los objetos que se hayan introducido en el hotel simplemente; respecto de éstos, la ley, sin más, le atribuye el riesgo de su sustracción, sin imponer un especial cuidado en su guardia, sino sólo un deber accesorio de custodia en el marco de un depósito necesario, derivado del contrato de hospedaje.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) se sitúa en esta línea en relación con la posibilidad de utilizar la caja fuerte individual de la habitación mediante el abono de una determinada cantidad económica. Ello suponía, a juicio del tribunal, «que el hotel asumía la garantía de seguridad que aquel servicio representaba, con independencia de que no se ha acreditado que el pago de dicho servicio estaba incluido dentro del precio de la habitación o se tenía que pagar de manera independiente». Utilizándose dicho servicio, sigue la Audiencia, son aplicables las normas del depósito en general, no los artículos 1783 y 1784, pero sin que quepa la exención de responsabilidad por caso fortuito, de la misma forma que no cabe en el marco de los artículos 1783 y 1784 (en los que la única causa exoneratoria es el robo a mano armada u otros sucesos de fuerza mayor), pues, si así fuera, estaríamos situando al huésped en una posición menos favorable que de no utilizarse la caja de seguridad. Esto es, que a la Audiencia Provincial le parece que si se aplican las normas del depósito voluntario, tratándose de la utilización de una caja fuerte, la responsabilidad del hotelero no debe ser menor, sino, por lo menos, igual que si se apli-

caran los artículos 1783 y 1784. Lo considera así en relación con el caso fortuito como eximente, pero nosotros hemos intentado llevar el argumento más allá. Éstas son las palabras del tribunal, que transcribimos por expresar nuestras ideas en relación con la oferta por el hotelero de un servicio especial de custodia y la consiguiente asunción de una obligación de diligencia específica: «... sin ser aplicable las prevenciones del artículo 1783 CC, toda vez que es el hotelero quien al colocar la caja de seguridad en la habitación, está ofreciendo al viajero un servicio más, que seguramente está incluido en la factura total de la habitación, y que no hace depender de exigencia alguna, su responsabilidad se sitúa dentro de las normas generales del depósito, pero evidentemente sin aplicar la exención de responsabilidad por caso fortuito, ya que de lo contrario haríamos a dicho huésped de peor condición a pesar de estar pagando un servicio que el hotelero le ofrece en su habitación sin condición alguna». Ya advertimos en otro lugar que esta sentencia puede ser errónea cuando reconduce al contrato de depósito la utilización de la caja individual de la habitación, pues existen serias dudas a propósito de esta consideración, pero acierta plenamente cuando afirma que el titular del hotel asume la garantía de seguridad que un servicio de custodia representa, y que el cliente que hace uso de él debe recibir, cuando menos, el mismo tratamiento que si no lo utilizara.

El problema es cómo articular esta tesis de la responsabilidad agravada por la desaparición de objetos especialmente custodiados, teniendo en cuenta que, como se ha dicho, la condición de empresario o profesional implica reducir las causas de exoneración de la responsabilidad, limitándolas a los eventos extraños al círculo de la empresa, tanto si se trata de responsabilidad objetiva o por riesgo como si estamos ante una responsabilidad por culpa del profesional. Pero a pesar de esa dificultad, no es imposible establecer un régimen que marque las diferencias entre los casos en que el hotelero ha asumido una obligación de custodia sobre las cosas que le han sido entregadas y los supuestos en que no se ha comprometido esa prestación específica. Muestra de ello es la regulación contenida en otros Códigos de nuestro entorno, en los que claramente se distinguen casos de responsabilidad ilimitada y casos de responsabilidad limitada. La ilimitada se dispone para la sustracción de cosas que fueron entregadas al hotelero para su custodia o cuya custodia éste no aceptara injustificadamente (parágrafo 702 B.G.B., art. 1784 *Codice* y art. 1953 *Code*)⁶⁹. La limitada corresponde a la desaparición

⁶⁹ Según JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 528, la responsabilidad recae íntegramente sobre el empresario cuando adquiere respecto de las cosas un compromiso más estricto (o lo rechaza injustificadamente) o existe un incumplimiento por su parte.

ción de objetos simplemente introducidos en el hotel (parágrafo 702 B.G.B, art. 1783 *Codice* y art. 1953 *Code*). De manera que el hotelero que ha asumido, mediante un contrato *ad hoc*, la custodia de determinados objetos que le han sido entregados, es sancionado en mayor medida que aquél en cuyo establecimiento las cosas son meramente introducidas. Junto a ello, la fuerza mayor liberatoria habría de ser igual en ambos casos o, si acaso, más reducida en los casos de responsabilidad ilimitada por los objetos especialmente custodiados, pues es ésta la más grave, y no, como ha sido tradicional pensar, la de los artículos 1783 y 1784 por los objetos introducidos. Así, en los Derechos extranjeros citados no se distingue distintos tipos de fuerza mayor para cada uno de los dos supuestos (cosas llevadas al hotel o cosas entregadas en custodia), sino unos únicos eventos liberatorios aplicables a ambos⁷⁰. De modo que en nuestro Derecho o se aplica la limitación de la fuerza mayor exoneratoria (el tratarse de un robo «a mano armada») también a la responsabilidad por los objetos custodiados, o se suprime respecto de los objetos entregados, puesto que mantenerla para éstos, y, por consiguiente, reducir los eventos liberatorios, supone agravar la responsabilidad en este caso, en contra de la tesis que defendemos.

Volviendo a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), la cita de la misma nos permite finalizar aclarando el régimen de responsabilidad aplicable cuando se trata de la utilización de las cajas fuertes individuales de las habitaciones, pues el artículo 78.2 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968 dispone que el titular del hotel sólo responde de la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en tales dispositivos en los supuestos de dolo del mismo o de sus empleados. ¿Es adecuada esta concreción reglamentaria del régimen codicial? ⁷¹ Nos parece que no, por varias razones que pasamos a explicar.

⁷⁰ Así, en los artículos 1954 del Código francés, 701 del alemán y 1785 del italiano se alude simplemente a la fuerza mayor sin más como límite a la responsabilidad del hotelero. Junto a ella, se recogen como causas de exoneración la propia naturaleza de la cosa o un vicio de la misma, y la intervención del huésped, sus acompañantes, sirvientes o visitantes, en la producción del daño.

⁷¹ PÉREZ ÁLVAREZ, *ob. cit.*, p. 535, defiende la validez del artículo 78.2 de la Orden Ministerial, a pesar, dice, del principio de jerarquía normativa, pues la utilización de las cajas individuales es una de las formas que el hotel ofrece al cliente para que éste observe sus prevenciones de acuerdo con el artículo 1783, y es obvio que el hotelero no puede custodiar su contenido en igual medida que el de la caja de seguridad general.

JORDANO FRAGA, «Comentario...», p. 372, también acepta lo que dispone la norma reglamentaria porque respeta el mínimo inderogable de imputación señalado por el Código Civil con rango de ley (artículos 1102 y 1107): el dolo y la culpa grave.

SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, «Cajas de seguridad...», pp. 740, 746-747, opina que el supuesto de la caja de seguridad individual es el único de irresponsabilidad del hotelero, tal y como ordena la Orden Ministerial de 1968, con dos excepciones: el dolo del empresario y la falta de idoneidad de la propia caja. Cree este autor que en el caso de cajas individuales se fija la responsabilidad a cargo del propio viajero, porque la obligación del

En primer lugar, limitar la responsabilidad a los casos de dolo puede suponer, prácticamente, una exclusión de la responsabilidad del titular del establecimiento, si atendemos a lo que por dolo ha de entenderse en el Derecho de Obligaciones⁷². Está claro que si para estimar la concurrencia de dolo se requiere ánimo de perjudicar, será difícilmente apreciable en el marco del contrato de hospedaje, en cuyo ámbito es extraño que el empresario quiera perjudicar a sus clientes. Pero aun abandonando esta concepción del dolo y atendiendo a otra que lo entiende como incumplimiento voluntario y consciente de sus obligaciones por parte del deudor, nos parece también difícilmente aplicable en el sector hotelero, en el que es raro que el titular del establecimiento desee una defectuosa prestación de sus servicios. Por tanto, teniendo en cuenta que en el ámbito hotelero se tratará más bien de incumplimientos negligentes, ya sea de obligaciones de custodia principales o accesorias, ya sea de la obligación de mantener en las debidas condiciones las instalaciones o dispositivos al efecto (como en el caso de las cajas fuertes individuales ubicadas en las habitaciones), nos parece que circunscribir la responsabilidad al dolo significa dejar reducida a la nada la responsabilidad del titular del establecimiento.

En segundo lugar, y en el ámbito del depósito en concreto, la responsabilidad del depositario exclusivamente por dolo respondió históricamente a casos de depósito basado en la confianza, gratuito, y pactado en interés del depositante. A medida que se fue admitiendo un interés propio del depositario y la posibilidad de que el depósito fuera retribuido, la responsabilidad del depositario se extendió a la culpa. En suma, cuando el contrato respondía al interés de ambas partes, se agravaba la responsabilidad del depositario, que ya no quedaba reducida a los supuestos de dolo, y podía comprender incluso la culpa leve⁷³. Partiendo de estas ideas, parece que limitar la responsabilidad del hotelero a los supuestos de dolo presupone que el servicio de cajas fuertes individuales o es gratuito o responde en exclusiva al interés del huésped, y no creemos admisible ni lo uno ni lo otro. El carácter oneroso de este depósito suele ser lo usual, pues es un servicio que el hotel cobra de manera independiente o repercute en el precio global del hospedaje. El interés del depositario, que, además de cobrar, consigue una mayor categoría para su establecimiento por prestar determinados servicios

empresario es sólo la de proporcionar medios al viajero, y, una vez proporcionados, es este mismo el que acomete la vigilancia y custodia de los efectos introducidos, de modo que el viajero es el depositario de sus propios efectos.

⁷² Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 610 ss.

⁷³ Díez SOTO, *ob. cit.*, pp. 17-31.

adicionales, también es obvio. De manera que un régimen de responsabilidad que comprenda la culpa parece más adecuado ⁷⁴.

En efecto, no parece razonable que el hotel no responda nada más que en supuestos de dolo, pues debe responder, al menos, del adecuado mantenimiento de las cajas de seguridad, o, dicho de otro modo, de su negligencia en la defectuosa instalación o mal funcionamiento de las mismas ⁷⁵. Se podría pensar que la Orden Ministerial parte de la correcta instalación y buen funcionamiento de estos dispositivos, y, dándolo por presupuesto, limita la responsabilidad del hotelero al dolo. Pero aun así, excluir incluso los hechos de extraños, pues sólo se admite el dolo del hotelero o de los empleados, siendo ese precisamente el supuesto típico que desencadena en la generalidad de los casos la responsabilidad del empresario, nos parece que es ir demasiado lejos. No debe olvidarse que en ciertos sectores, como el hotelero, no se considera caso fortuito lo que podría serlo en la generalidad de los casos, como ocurre con el robo por terceros, considerado riesgo propio de la actividad profesional. Ahora bien, la admisión, que proponemos, de la responsabilidad del fondista cuando se han utilizado cajas fuertes individuales queda matizada teniendo en cuenta que ya no nos hallaríamos ante la responsabilidad objetiva que consagran los artículos 1783 y 1784 (como en el caso de las cosas meramente introducidas), y tampoco ante la responsabilidad del depositario profesional (como en el supuesto de cosas custodiadas en la caja general del establecimiento), pues la implicación de notas propias de cada uno de estos supuestos debe implicar el reconocimiento de ciertas concesiones al régimen propio de cada uno. Así, el hotelero debe responder por los hechos de extraños, aunque no exista dolo por su parte ni la de sus empleados o auxiliares, como en el régimen dispuesto en los artículos 1783 y 1784, pero puede probarse, de acuerdo con las normas generales sobre responsabilidad contractual, tanto su diligencia o negligencia en el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, como la culpa del cliente en la utilización o mal uso de la

⁷⁴ Señala ROCA JUAN, *ob.cit.*, p. 229, que la retribución puede llevar consigo un mayor rigor en la apreciación de la responsabilidad del depositario, aplicando el artículo 1726, referente al mandato, lo que puede tener influencia en los supuestos de profesionalidad del depositario, que ofrece sus servicios con los medios necesarios a cambio de una retribución. También a propósito de la agravación de responsabilidad del depositario cuando el depósito es retribuido, HUALDE MANSO, *ob. cit.*, pp. 107-109.

⁷⁵ Díez SOTO, *ob. cit.*, p. 140, nota 106, rechaza que la Orden Ministerial de 1968 haya introducido en el sistema de responsabilidad contractual establecido por el Código Civil una modificación de tal envergadura, eximiendo al empresario de responsabilidad incluso en los casos de negligencia; a su juicio, no hay razón alguna que justifique que la empresa quede exenta de responsabilidad en caso de haber incurrido en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

caja individual, siendo esto último de gran importancia en orden a moderar o contrarrestar la responsabilidad del hotelero.

3. RESPONSABILIDAD POR HECHOS AJENOS

Bajo este epígrafe habría que situar tanto la responsabilidad por los daños producidos en los efectos de los viajeros por extraños, como la originada por los daños ocasionados por los dependientes o empleados del hotelero. Ambas se sitúan a cargo del empresario en el artículo 1784. Sin embargo, cada una de ellas presenta peculiaridades que hacen aconsejable su tratamiento por separado.

Así, tratándose de daños producidos por extraños, como la sustracción de las pertenencias de los clientes por ladrones que se introducen en el establecimiento, cabría pensar en la responsabilidad extracontractual directa de éstos y en la responsabilidad subsidiaria del hotelero en virtud de los artículos 1902 y 1903. Ya vimos que en ocasiones la jurisprudencia se ha inclinado por el carácter extracontractual de la responsabilidad, rechazando la aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual, o ha admitido que puede tratarse de ambas a la vez. Sin embargo, si se trata de considerar exclusivamente la responsabilidad del titular del hotel frente al cliente, que era precisamente a lo que se referían esas sentencias, consideramos más correcta la posición mayoritaria a favor de la naturaleza contractual que se origina en el marco del contrato de hospedaje, como ya explicamos, y la consideración de los hechos de los extraños como riesgo inherente a la actividad empresarial⁷⁶. Por tanto, la responsabilidad contractual del hotelero por la sustracción de las pertenencias de los clientes por extraños no debe ofrecer duda, al no ser este hecho ajeno al círculo de su actividad⁷⁷.

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. Aunque no existe en el Código Civil una norma general que imponga al deudor la responsabilidad por la actividad de sus auxiliares o dependientes, sí hay normas particulares que disponen esta responsabilidad, entre las cuales se halla precisamente el artículo 1784. Y de

⁷⁶ En el mismo sentido, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, pp. 340-341.

⁷⁷ Sin perjuicio de que, si fuera conocido el tercero que ha robado las pertenencias de los huéspedes, lo que no creemos factible, pudiera el cliente dirigirse directamente contra el mismo reclamándole la responsabilidad extracontractual correspondiente.

este precepto, y de otros en el mismo sentido (arts. 1564, 1596, 1721) deducen algunos autores una regla general favorable a la responsabilidad directa del deudor por la actividad de los empleados que implica en el cumplimiento de la prestación ⁷⁸.

Los tribunales, por su parte, no han vacilado en apreciar la culpa del hotelero en los casos en que también se hallaba involucrada la actividad de sus empleados. En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652) se decidía la culpa del conserje y del vigilante jurado del hotel, y aunque no fue estimada por las circunstancias concretas del caso, el tribunal afirmó que «responde el empresario hotelero, aunque por su parte no exista el más mínimo atisbo de culpa o negligencia, siempre que el daño se deba a la acción u omisión de alguno de sus «criados o dependientes» o de un «extraño»». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 5 de septiembre de 1994 (AC 1994/1503) aprecia responsabilidad por la desaparición del equipaje entregado para su guarda al botones o encargado del servicio de conserjería.

Mención especial merece el tema de la responsabilidad del titular del hotel cuando los daños se producen en el marco de la actividad correspondiente a otro empresario, independiente del hotelero pero contratado por el mismo. Esto es, cuando ya no se trata de auxiliares o personas dependientes del deudor-titular del establecimiento, sino de profesionales independientes o de los auxiliares que éstos utilizan para el desarrollo de la actividad comprometida con el fondista ⁷⁹. En concreto, la cuestión suele plantearse en relación con la empresa de seguridad y vigilancia contratada por el hotelero, como ocurrió en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994/854), a propósito de la sustracción de un coche del aparcamiento vigilado del hotel; el

⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, pp. 592-594. Según este autor, la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares es, además, objetiva, por exigencias económicas y jurídicas: aparte del perjuicio al acreedor que se produciría aplicando los principios de la culpa, hay que tener en cuenta una serie de ideas. La primera, que no se puede dar el caso fortuito, única circunstancia exoneradora de responsabilidad del deudor, pues la producción de los daños o del impedimento de prestación por causa procedente del círculo de actividad del deudor excluye su carácter fortuito. La segunda, que normalmente la actividad de los auxiliares o dependientes se halla comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación, y, por tanto, se halla implícita en la voluntad contractual. Y la tercera, el principio de confianza, según el cual el principal asume las consecuencias de los actos de los dependientes.

CRISTÓBAL MONTES, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *ADC*, 1989, I, pp. 5 ss.; DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 176.

Vid. en particular la extensa monografía de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*

⁷⁹ SIERRA PÉREZ, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, capítulos II y III.

Alto Tribunal sostuvo que «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».

Esta resolución judicial se refiere a una responsabilidad extracontractual por hechos ajenos, los del profesional independiente encargado de la seguridad del hotel, pero la misma conclusión ha obtenido la doctrina para los supuestos de responsabilidad contractual. Así, distintos autores no han titubeado en extender la responsabilidad del titular del hotel a todo supuesto de introducción de terceros en el cumplimiento, ya sean empleados o subordinados del hotelero, ya sean empresarios autónomos o los auxiliares de éstos⁸⁰. Y ésta es la solución más acorde con el fundamento y tenor literal del artículo 1784, pues si el fondista responde incluso por los hechos de extraños, con mayor razón responderá por los hechos de quienes han sido contratados por él, sean dependientes suyos o profesionales independientes.

IV. REQUISITOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784

Numerosas sentencias sostienen que el hotelero quedará exonerado de responsabilidad no sólo cuando haya ocurrido un robo a mano armada u otro suceso de fuerza mayor, tal y como establece el artículo 1784, sino también cuando no se cumplan los dos requisitos que dispone el artículo 1783: observar las prevenciones del fondista sobre el cuidado y vigilancia de los efectos y dar conocimiento al mismo de los que son introducidos en el establecimiento.

⁸⁰ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares...*, p. 339, postula una interpretación amplia o extensiva del artículo 1784, de acuerdo con su *ratio*, y afirma que es indudable la responsabilidad del titular del hotel por las sustracciones o daños causados por el personal de la empresa de vigilancia contratada. MIQUEL GONZÁLEZ, «Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente», *ADC*, 1983, IV, p. 1503, afirma que en responsabilidad contractual el deudor responde aunque haya utilizado para el cumplimiento a un sustituto que actúe con autonomía respecto de él: «suponiendo que el deudor pueda –por no ser personal– encargar a otro la ejecución de la prestación, no cabe duda de que no podrá liberarse de responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sólo por decir que encargó el cumplimiento a un contratante que actuaba con independencia». En el mismo sentido, CAVANILLAS MÚGICA-TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 31.

1. DAR COMUNICACIÓN AL HOTELERO DE LOS EFECTOS QUE SE INTRODUCEN EN EL ESTABLECIMIENTO

Se refieren a esta exigencia, como requisito inexcusable para la aplicación del régimen especial de responsabilidad del hotelero, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), Alicante 2 de diciembre de 1992 (AC 1992/1634) y 21 de septiembre de 2005 (JUR 2005/252879), Málaga 5 de junio de 1997 (AC 1997/1247) y 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773), 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907) y 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), Valencia 13 de diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), Las Palmas 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) y 6 de noviembre de 2001 (JUR 2004/114817), Madrid 16 de julio de 2001 (JUR 2002/9125), Salamanca 27 de noviembre de 2001 (JUR 2002/22687) Cádiz 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) y 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531), Santa Cruz de Tenerife 18 de octubre de 2002 (JUR 2003/29434), Tarragona 18 de julio de 2006 (JUR 2006/52038). De acuerdo con las ideas que defendemos en este trabajo, este requisito sólo sería aplicable al caso de introducción de efectos en la habitaciones o dependencias del hotel. Pero, ¿tiene sentido en relación con este supuesto? Veamos como lo han entendido autores y tribunales.

La doctrina ha suavizado esta exigencia, entendiendo que no es precisa una comunicación expresa de cada uno de los efectos que los clientes introducen en el hotel, y que basta con su introducción normal en el establecimiento, a la vista de su titular o empleados⁸¹. Esto mismo se ha sostenido también en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), en relación con objetos de poco valor y de uso cotidiano. Y otras resoluciones han rebajado igualmente el rigor de este requisito, ofreciendo un entendimiento particular del mismo. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048) contiene una explicación singular del requisito del previo conocimiento por el hotelero de los efectos introducidos en su establecimiento: la responsabilidad de aquél nace sin necesidad de aceptación del fondista de los efectos introducidos, «porque, conforme al precepto, su máxima intervención es el mero conocimiento de la introducción, es decir, conocimiento de una pura situación de hecho (supone «consentimiento» para la introducción, pero no consentimiento contractual de obligarse a su

⁸¹ ROCA JUAN, *ob. cit.*, p. 300; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 508; BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1699; BADENAS CARPIO, *ob. cit.*, p. 628; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 418; CAPILLA RONCERO, *ob. cit.*, p. 486; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «Cajas de seguridad...», p. 724; MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 165; BARRERA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 241; HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, p. 613.

conservación)»; «el cliente «introduce» los efectos, con conocimiento de los «fondistas o mesoneros» o de sus dependientes, que por ello «saben» que han sido introducidos». Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de julio de 2002 (JUR 2003/22652) rebaja la exigencia de dar conocimiento al fondista de los objetos que se introducen, reconduciendo su trascendencia a los efectos de prueba: el especial y particular régimen jurídico de la responsabilidad del hotelero «también es de aplicación respecto de aquellos efectos introducidos por el cliente o huésped en el hotel de los que no hubiera dado conocimiento al empresario hotelero o a sus dependientes. Desplegando la previsión legal su única eficacia respecto a la prueba de los efectos que alegue el cliente o huésped haberlos introducido en el hotel y que han desaparecido, de tal manera que nada tendrá que acreditar el cliente o huésped respecto de aquellos de los que hubiera dado conocimiento al empresario hotelero, mientras que de todos los demás le incumbirá la carga de la prueba (aunque incluso respecto de estos últimos la opinión de la doctrina no es uniforme)»⁸².

También existen algunas sentencias que han conectado el requisito de dar conocimiento al fondista de los objetos que se introducen con el de observar las prevenciones del hotelero sobre el cuidado y vigilancia de los mismos, y, así, han sostenido que el cliente sólo debe declarar al titular del establecimiento las pertenencias de especial valor, respecto de las cuales el hotelero debe avisar o puede imponer la adopción de especiales medidas de seguridad y prevención. En este sentido pueden citarse las sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082) y de Málaga de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), en las que dichos tribunales sostienen 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 y 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 dueño del establecimiento pueda adoptar las medidas preventivas precisas y dar al cliente las instrucciones necesarias para su adecuada protección y

⁸² Si el conocimiento por el hotelero de los efectos que se introducen en el establecimiento sólo es relevante a los efectos de prueba, cabe decir lo mismo, viceversa, de la entrega de un recibo por parte del titular del hotel sobre los que se custodian en cajas fuertes. Si el fondista responde, conozca o no los concretos y determinados objetos que el cliente lleva consigo, porque la enumeración precisa y detallada sólo es determinante a los efectos de prueba, quedando exonerado de la misma el viajero si realizó una lista de sus pertenencias, idéntico razonamiento puede aplicarse a la entrega por el hotelero de un recibo cuando se custodian ciertos objetos en cajas fuertes. Así lo han entendido los tribunales, al considerar que el hecho de que no se haga la entrega bajo recibo no altera la responsabilidad del hotelero, ya que tal falta sólo tendría relevancia en orden a determinar la existencia y valor de los objetos entregados (STS 11 de julio de 1989 (RJ 1989, 5598) y SAP de Granada 5 de abril de 2003 (JUR 2003, 200168).

seguridad. Pero 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 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 ellas el hotelero impusiese al viajero unas normas internas de precaución o prevención especiales y más rigurosas»⁸³. El criterio de estas sentencias puede ser razonable puesto que, como veremos en el apartado siguiente, la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968 impone a todos los establecimientos hoteleros la obligación de avisar a los clientes de que no responderán de los objetos valiosos que no se entreguen para el servicio especial de custodia, de manera que la carga de detallar los objetos que se introducen sólo existe en relación con los objetos de valor.

Por tanto, si se trata de objetos de uso cotidiano y de escaso valor, basta con su introducción normal en el establecimiento, sin que sea precisa una relación detallada de los mismos. Esta enumeración, concreta y precisa, de los efectos sí es necesaria, en cambio, cuando se trata de objetos de valor que se introducen en cajas fuertes; la jurisprudencia así lo ha entendido tanto en relación con los que se entregan para su custodia en la caja fuerte central, respecto de los cuales parece más razonable la redacción de una lista de las pertenencias que se entregan, como a propósito de los que simplemente se introducen en la caja fuerte individual de la habitación, aunque en este último caso existe alguna sentencia contradictoria. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/145206) desestimó la demanda porque, entre otras razones, no se entregó en la recepción una lista de lo que se iba a depositar en la caja fuerte. Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de julio de 1998 (AC 1998/1638) desestimó la petición de los demandantes y apelantes porque, aunque habían cumplido el requisito de observar las prevenciones del hotelero para la custodia de sus objetos de valor, habían incumplido, por el contrario, el requisito de dar conocimiento al mismo de los efectos que introducían en la caja fuerte individual de la habitación. Ello tiene repercusión inmediata, según ambas sentencias, en el cumplimiento, a su vez, del requisito de la prueba de la preexistencia en el hotel de los efectos robados, pues no se puede

⁸³ También, aunque más resumidamente, la SAP de Asturias de 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365) entendió que si los viajeros no cumplen con su obligación de avisar al titular del establecimiento, «parece lógico pensar que la sustracción haya podido operarse porque ante tal silencio el depositario no pudo adoptar medida alguna para evitar el suceso».

acreditar que se encontraran en el interior de la caja fuerte que fue robada. Asimismo, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907), «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, ni siquiera ello presupone la introducción de objetos de valor [...]». Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 27 de enero de 2006 (JUR 2006/155557) «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 las cosas depositadas».

Con anterioridad explicamos que la ubicación de objetos en la caja individual de la habitación no se podía identificar plenamente con el contrato de depósito, porque faltaba la necesaria individualización e identificación de la cosa que el depositario queda obligado a custodiar. Ahora bien, si la jurisprudencia extiende el requisito de dar conocimiento al hotelero de los efectos que se introducen al supuesto de utilización de la caja individual, decae el principal inconveniente a la asimilación al depósito voluntario, teniendo en cuenta que la nota de la tenencia de la cosa por el depositario no excluye en algunos casos, habida cuenta de la naturaleza y características propias de cada objeto, una posesión inmediata por el propietario. Lo que ocurre es que, aunque las cosas introducidas en las citadas cajas se hallen en la esfera de control del empresario, también se hallan en la esfera de influencia del huésped, lo que obliga a tratar la utilización de cajas individuales como un supuesto intermedio. Salvo que siendo objetos valiosos fuesen, además, de uso cotidiano y de imprescindible utilización habitual, el cliente siempre tiene la posibilidad de depositar sus pertenencias de mayor valor en el servicio de custodia general del establecimiento, trasladando a éste el riesgo de su desaparición.

2. OBSERVAR LAS PREVENCIONES DEL HOTELERO SOBRE EL CUIDADO Y VIGILANCIA DE LOS EFECTOS

Como se señaló, en muchas sentencias se explica que el hotelero queda exonerado de responsabilidad si no concurren las exigencias previstas en el artículo 1783, una de las cuales es la observancia por los clientes de las advertencias de aquél sobre el cuidado y vigilancia de los objetos que estos últimos introducen en el hotel. Se refieren a este requisito las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias de 1 de octubre de 1992 (AC 1992/1365), Málaga de 5 de junio

de 1997 (AC 1997/1247), 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/1773), 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907) y 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/144944), Valencia de 13 diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), Zaragoza de 10 de julio de 2001 (AC 2001/1804), Las Palmas de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) y 6 de noviembre de 2001 (JUR 2004/114817), Salamanca de 27 de noviembre de 2001 (JUR 2002/22687), Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), Barcelona 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048), Santa Cruz de Tenerife de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003/29434), Cádiz de 19 de julio de 2004 (JUR 2004/293531), Córdoba de 10 de noviembre de 2004 (JUR 2005/51496), Alicante 21 de septiembre de 2005 (JUR 2005/252879), y Tarragona 18 de julio de 2006 (JUR 2006/52038). En muchas de estas sentencias se desestima la demanda porque el cliente no observó las advertencias que el establecimiento hotelero 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. El fondista suele avisar en las mismas de que no responde por el dinero, alhajas u otros objetos de valor que no sean depositados en la caja fuerte⁸⁴. Hay que recordar que a esta advertencia vienen obligados los titulares de los establecimientos en virtud de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968 (art. 78, párrafos 1.º y 3.º). Pero, ¿qué significado puede tener este aviso?

Si se analiza detenidamente, vemos que el hotelero viene obligado por la norma reglamentaria a advertir a los clientes de un régimen de responsabilidad por la desaparición de sus pertenencias que no es el que le impone el Código Civil, cuyos artículos 1783 y 1784 tratan precisamente de regular esta cuestión en el ámbito que le es propio, el de las relaciones entre fondista y viajero. En efecto, *a contrario*, hay que interpretar que por los que sí sean entregados para su custodia sí responde el titular del establecimiento. Lo dispone así, además, la citada Orden, en el artículo 78.1. Mas, ¿de qué manera responde? Según dicha norma, en las condiciones de los artículos 1783 y 1784 CC. Sin embargo, ya hemos visto que no es así, pues el supuesto de estos artículos ha de ser el de la sustracción de los efectos meramente introducidos en las habitaciones o dependencias del hotel. La responsabilidad del hotelero por la desaparición de los objetos depositados en la caja fuerte discurre, en cambio, por las normas generales de responsabilidad contractual, por la remisión contenida en las normas del contrato de depósito voluntario, y puede ser, según la interpreta-

⁸⁴ La SAP de Málaga 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001/92178) sostuvo que «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».

ción que proponemos en este trabajo, de mayor alcance que la que disponen los artículos 1783 y 1784.

Siguiendo con la interpretación del artículo 78 de la Orden Ministerial de 1968, según su tenor literal por los efectos valiosos no entregados para su custodia especial, el hotel no responde. Pero ésta es la responsabilidad que establecen, por el contrario, los artículos 1783 y 1784 CC, cuyo supuesto de hecho es, al tratarse de una responsabilidad por riesgo según doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el de la sustracción de efectos meramente introducidos en el hotel. Nueva contradicción entre las normas administrativas y el régimen codicial, que habría que resolver en principio a favor de éste último, no sólo por ser el Código Civil norma de superior rango, sino también por ser la norma que regula las relaciones entre fondista y viajero, esto es, la relación contractual, mientras que la Orden Ministerial dispone solamente los servicios que debe prestar cada establecimiento en función de su categoría. Si al regular estos servicios, la normativa administrativa establece también, como lo hace, ciertas reglas sobre responsabilidad del hotelero frente al cliente, creemos que deben ser adaptadas al Código Civil.

Lo que esto evidencia es un caos en la determinación de la responsabilidad de los titulares de establecimientos hoteleros. Resulta, en efecto, que deben realizar aquella advertencia a sus clientes, por imperativo de la Orden de 1968, pero resulta también que este aviso será inútil después, si se aplica el régimen del Código Civil. En efecto, hayan avisado o no a los clientes de la necesidad de depositar en la caja fuerte sus objetos más valiosos, responderán por todos los que se hayan introducido en el establecimiento de acuerdo con los artículos 1783 y 1784⁸⁵, y respecto de los que sí se hayan entregado para su custodia en la caja fuerte responderán según las normas generales de responsabilidad (al tratarse de un depósito voluntario) y no en la manera prevista en los artículos 1783 y 1784 (aunque así lo disponga la norma reglamentaria, pues el supuesto de hecho de esos preceptos es un depósito necesario de los objetos que el cliente lleva consigo). ¿Debe acaso entenderse que si se trata del dinero, joyas u otros objetos valiosos estamos ante un supuesto especial, cuya sustracción no origina responsabilidad del hotelero, aunque se hallen en la habitación o dependen-

⁸⁵ Esto es lo que ocurre en Alemania, donde, según el parágrafo 702 BGB el hotelero responde por la desaparición de todos los efectos introducidos en el establecimiento, incluso de las joyas, dinero u otros objetos de valor. No obstante, se fija un límite cuantitativo a esa responsabilidad, inferior al establecido para los objetos de escaso valor, con la finalidad, entendemos, de propiciar la adopción de medidas de seguridad en relación con tales efectos. Sin embargo, si se trata de objetos entregados al hotelero para su custodia, la responsabilidad de aquél es ilimitada, como sabemos, sin disponerse normas especiales en relación con el valor de las cosas robadas.

cias del hotel, pues debían haber sido entregados para su custodia en la caja fuerte? ¿Habría que interpretar que es una excepción a la regla de responsabilidad por riesgo, y que ésta queda restringida a las pertenencias de menor valor que se introduzcan en el hotel, de manera que, efectivamente, el hotel no responde si no han sido entregadas para su custodia las más valiosas, tal y como está obligado a advertir? Efectivamente, para la coordinación del régimen codicial y del reglamentario así ha de entenderse, pues el artículo 1783 exige que se hayan observado las prevenciones del fondista acerca de la seguridad de las pertenencias de los viajeros, y el artículo 78 de la Orden Ministerial de 1968 no hace sino concretar este requisito en relación con los objetos de valor; el error que se comete en esta norma es establecer que el régimen de responsabilidad por la sustracción de los efectos valiosos depositados para su custodia particular, cumpliendo esas advertencias del hotelero, es el de los artículos 1783 y 1784, pues resultaría entonces que es el mismo que para la desaparición de las cosas meramente introducidas en el hotel, sin adoptarse ninguna precaución especial.

Esa es una interpretación posible del régimen legal, que, combinada con lo que en el apartado III se explicó, conduciría a las siguientes reglas de responsabilidad: *a)* responsabilidad objetiva, derivada del riesgo profesional, por la desaparición de las pertenencias de los clientes (artículos 1783 y 1784); *b)* excepción: dinero, joyas u otros objetos valiosos, respecto de los que el fondista debe avisar de la necesidad de que sean entregados para su custodia especial; *c)* responsabilidad agravada por la sustracción de los objetos valiosos custodiados en cajas fuertes (normas generales de responsabilidad y elevación del nivel de diligencia); *d)* ausencia de responsabilidad por los objetos valiosos que no hayan sido entregados para su guarda en caja fuerte, incumpliendo las prevenciones del titular del establecimiento⁸⁶. En suma, los avisos o advertencias en el establecimiento hotelero han de contener una invitación a ofrecer

⁸⁶ ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 301-303, trata de coordinar los artículos 1783 y 1784 CC y el artículo 78 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968 mediante una interpretación que no coincide totalmente con la nuestra. A su juicio, como la Orden Ministerial sólo se refiere a los objetos de valor, para los que no sean valiosos no se modifica el régimen de los artículos 1783 y 1784 CC, de manera que el hotelero responde por estos efectos, simplemente introducidos y no depositados, por la pérdida o deterioro que sean dolosos o culpables, puesto que no responde del robo a mano armada o de la fuerza mayor, que precisamente excluyen la ausencia de culpa. Para los objetos de valor, según el autor, el precepto reglamentario dispone que la responsabilidad del hotelero sólo se genera mediante un depósito obligado para éste, expresamente constituido mediante la entrega del cliente. Ésta es la explicación de ROCA JUAN, difícil de comprender, pues no queda claro si para este último supuesto, el de los objetos valiosos entregados para su depósito, admite o no la aplicación de los artículos 1783 y 1784 CC; y para los casos en que sí sostiene la aplicación de estas normas, los de objetos introducidos, entiende que es una responsabilidad por culpa, dada la exclusión de la fuerza mayor, pues el criterio de responsabilidad por culpa

un contrato de depósito, regulado por sus normas propias (y no por los artículos 1783 y 1784, como dispone la Orden Ministerial), y que ha de tener por objeto determinados efectos del cliente, los más valiosos. Para las demás pertenencias, el viajero no ha de obedecer ningún tipo de prevenciones, pues la responsabilidad del hotelero,

excluye la fuerza mayor, «a no ser que se entienda –creo que difícilmente– que la fuerza mayor es suceso extraño o ajeno al riesgo profesional».

PÉREZ ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pp. 534-536, deduce del Código Civil y de la Orden Ministerial un sistema de responsabilidad del hotelero también distinto al que nosotros venimos trazando. Así el citado autor mantiene que este sistema pasa por una triple distinción: A) Dinero, alhajas u objetos de valor, depositados en cajas de seguridad: se aplican los artículos 1783 y 1784, por la remisión a estos preceptos contenida en el artículo 78. 1 de la citada Orden; además, la remisión a los artículos 1783 y 1784 supone que no se podrá aplicar el artículo 1766, ni entender que existe un depósito voluntario, por mucho que así lo pretenda la empresa hotelera para atenuar su responsabilidad. B) Depósito en las cajas fuertes individuales de las habitaciones: a pesar del principio de jerarquía normativa, se puede defender la aplicación del artículo 78. 2 de la O. M. de 1968, que exime de responsabilidad al hotelero, salvo que medie dolo del mismo o de sus empleados; esta posibilidad se basa en que la utilización de las cajas fuertes individuales es una de las maneras de cumplir las advertencias del fondista, como requiere el artículo 1783, y en que el hotelero no puede custodiar su contenido en igual medida que el de la caja fuerte del hotel. C) Efectos introducidos por los clientes en el hotel, pero no depositados en alguna de las formas anteriormente descritas: se aplica el régimen de los artículos 1783 y 1784, puesto que el artículo 78. 3 de la O. M. de 1968, ordenando que en todas las habitaciones conste la indicación de que el hotel no responde del dinero, alhajas o objetos de valor no depositados en la caja fuerte, sólo se refiere, como pone de manifiesto su tenor literal, a estos efectos, y no a todos los meramente introducidos en el hotel.

SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, «Cajas de seguridad...», pp. 734-737 mantiene una interpretación similar de la normativa sobre la cuestión. Así, para los objetos introducidos en las cajas de seguridad de recepción entiende que existe un auténtico contrato de depósito, sometido a las reglas de éste (artículos 1758 a 1780), salvo en lo que se refiere a la responsabilidad del hotelero, punto en el que rigen los artículos 1783 y 1784, tal y como dispone la Orden Ministerial de 1968; de modo que el empresario hotelero responde en los mismos términos y con el mismo alcance –agravado–, tanto de los efectos introducidos en las habitaciones como de los depositados en las cajas de recepción.

También BARRERA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 242, sostiene una explicación parecida de las normas del Código Civil y de la Orden Ministerial: hay que distinguir objetos de uso común y valor ordinario y objetos preciosos. Estos últimos deben mostrarse en recepción y depositarse en caja fuerte, requisitos cuyo incumplimiento supone la exoneración de responsabilidad del hotel. Si se trata de objetos de uso personal sin especial valor, no es preciso hacer una declaración expresa. De este modo, sigue el autor, las reglas contenidas en la Orden Ministerial vienen a ser un desarrollo del artículo 1783 CC: concretan en qué consisten las advertencias del titular del hotel sobre la vigilancia de las pertenencias de los clientes. El artículo 78 de la Orden de 1968 vienen a ser un camino intermedio entre dos posiciones: por una parte, si hacemos responder al fondista de todos los objetos que introduce el viajero, entre los que puede haber cosas de gran valor, la responsabilidad se demuestra excesiva. Gracias a esta norma, termina, el empresario responde de ellos por encontrarse en su establecimiento, pero para su tranquilidad, se advierte al cliente que si no deposita los objetos valiosos en la caja fuerte de recepción, la empresa no responde de su pérdida o menoscabo; simultáneamente, se obliga al hotel a aceptar los objetos preciosos que le entregue el huésped.

Estas interpretaciones doctrinales nos sugieren un comentario común, y es que llama la atención que siga admitiéndose la aplicación de los artículos 1783 y 1784 al supuesto de entrega de objetos valiosos para su custodia en cajas fuertes, sin reparar en la discordancia que ello supone (pues se aplicarían las mismas normas que en el caso de objetos meramente introducidos en las habitaciones o dependencias del establecimiento). Cierto que así lo dispone la Orden Ministerial de 1968, pero habrá que solucionar los problemas de coordinación de esta normativa con la del Código Civil mediante soluciones coherentes.

la objetiva que establecen los artículos 1783 y 1784, es indeclinable al derivar del riesgo profesional o de empresa.

Siendo esto así, el tradicional juicio negativo que han merecido tradicionalmente las advertencias de los hoteleros acerca de su responsabilidad⁸⁷, debe matizarse. Así, sería inaceptable una exoneración de responsabilidad en los supuestos de responsabilidad por riesgo, para los que el Código Civil se la impone al empresario con base en el tipo de establecimiento y de actividad que se desarrolla en el mismo. Pero serían admisibles los avisos en que se ofrece un depósito especial para los objetos de mayor valor y se declina la responsabilidad por su sustracción en caso de no aceptarse, puesto que incluso el artículo 1783 ordena atender a las prevenciones del fondista sobre el cuidado de los efectos y la normativa administrativa obliga a los hoteles a realizar esta advertencia⁸⁸. En suma, en el ámbito de

⁸⁷ Así, RODRÍGUEZ BUJÁN, *ob. cit.*, p. 164, ROCA JUAN, *ob. cit.*, pp. 300 y 307, y LACRUZ-SANCHO-LUNA-DELGADO-RIVERO-RAMS, *ob. cit.*, p. 252, rechazan que las advertencias del hotelero sirvan para excluir o limitar la responsabilidad del mismo, lo que requiere pacto expreso y la mayor precisión y claridad. Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 418, admiten la modificación convencional del régimen de los artículos 1783 y 1784, y en cuanto a «las normales (y abusivas) advertencias de los hosteleros sobre su irresponsabilidad» remiten a las normas generales sobre modificación de la responsabilidad en materia de obligaciones para juzgar sobre su eficacia»; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, «El hotel no responde...», p. 1506 y ss., insiste en que la cláusula sobre la ausencia de responsabilidad del hotel por los objetos de valor no entregados en recepción es una condición general de la contratación abusiva y, por tanto, nula, por ir en contra de las exigencias de la buena fe.

⁸⁸ BADOSA COLL, *ob. cit.*, p. 1699, admite el valor exonerador del reglamento interno del hotelero, con base en el artículo 1783; sólo añade que incumbe al mesonero la carga de que tales prevenciones sean eficaces, esto es, objetivamente aptas para evitar el daño.

JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 517 y 519, y «Comentario...», p. 373, afirma que el único instrumento de que puede servirse el hotelero para limitar su riesgo son los anuncios que se refiere el artículo 78. 3 de la O.M.: su virtualidad exoneratoria resulta de su coordinación con el artículo 1783, de manera que el hotelero puede decir que no responde porque el cliente afectado ha desatendido las advertencias que se le dieron en orden al cuidado y vigilancia de sus efectos valiosos.

DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 228, sostiene que el depositario puede recurrir a avisos o prevenciones a los clientes sobre la conducta que deben observar como mecanismo para racionalizar de algún modo su responsabilidad. Estos avisos servirán, dice el autor, para imponer al depositante determinadas cargas, cuyo cumplimiento funcionará como presupuesto para poder exigir la responsabilidad plena del depositario si éste incumple sus obligaciones (en la línea marcada por el art. 1783). Estas prevenciones, sigue, no son verdaderas cláusulas contractuales, y su función no es limitar la responsabilidad del depositario, sino la de precisar la relevancia de ciertas conductas u omisiones del depositante como supuestos liberatorios en caso de incumplimiento de sus obligaciones por el depositario. Son eficaces, siempre que se garantice que el depositante pueda conocerlas (no aceptarlas) sin necesidad de desplegar una diligencia especial. En cambio, termina, no podrá utilizarse este mecanismo para introducir indirectamente cláusulas de limitación de responsabilidad, imponiendo al depositante conductas o precauciones innecesarias o que deban considerarse asumidas por el depositario.

MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 166, mantiene que si la causa exclusiva del daño es la inobservancia de las prevenciones hechas por el hotel, como sería el no depositar los objetos de valor en recepción, el hotel queda efectivamente exonerado de toda responsabilidad.

HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, pp. 613 y 614, considera que han de tenerse en cuenta las advertencias de los hoteleros de exención de responsabilidad si no le son entregados para su custodia los efectos conforme a la Orden de 1968; pero también afirma que no basta

los daños que el hotelero no está legalmente obligado a asumir, serían válidas las advertencias del mismo sobre su exoneración de responsabilidad; pero serían nulas esas prevenciones en el campo de los riesgos que le están legalmente atribuidos. Son sólo estas últimas, las que pretenden alterar el sistema legal de responsabilidad y la atribución legal de los riesgos, las que deben ser convencionales o deben someterse al correspondiente juicio de validez como condiciones generales de la contratación o como cláusulas abusivas, sometiendo-se a lo que disponen las leyes reguladoras de dichas condiciones generales y protectoras de los consumidores y usuarios. Desde esta perspectiva, creemos, deben valorarse estas controvertidas cláusulas y deben revisarse las resoluciones judiciales sobre el tema, pues en algunas se ignora que la exoneración de responsabilidad del fondista es admisible en relación con los objetos valiosos.

Esta tesis acerca de las prevenciones del hotelero, sometiendo-dolas a distinto criterio en función del ámbito al que se refieran, resulta avalada por lo que dispone la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos. Esta Ley distribuye los riesgos entre el titular de aparcamiento y el usuario del mismo (art. 3) mediante unas sencillas normas que limitan la responsabilidad del empresario y, consiguientemente, obligan al usuario a reforzar las cautelas en el cuidado de sus pertenencias, situándole en peor situación que la que venía reconociéndosele por la jurisprudencia con anterioridad a dicha Ley⁸⁹. Así, el titular del aparcamiento responde por la sustracción del coche o daños producidos al mismo, así como por los componentes del vehículo y por los accesorios fijos e inseparables que sean, además, habituales y ordinarios; también responde por accesorios distintos y por los efectos introducidos por el usuario en el coche si, contando con un servicio especial para ello, ha aceptado su custodia. El usuario del aparcamiento, en cambio, deberá retirar, pues no alcanza la responsabilidad del empresario a los mismos, los accesorios no fijos y extraíbles y cualesquiera objetos o enseres no entregados para su custodia especial⁹⁰. Si éste es el sistema de distribución de riesgos diseñado en esta Ley de 2002, cabe destacar su paralelismo con el que ya dispuso el legislador en los artículos 1783 y 1784, aunque en este último

la declaración unilateral del fondista mediante letreros o rótulos limitando su responsabilidad, sino que es necesario acuerdo expreso de las partes. En parecido sentido SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, pp. 2066 y 2067.

⁸⁹ Vid. GÓMEZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir a cargo del titular del aparcamiento», *RdP*, 2004, núm. 12, pp. 169 ss.

⁹⁰ Esto puede dar lugar a situaciones absurdas, sobre todo en relación con los accesorios necesarios pero no fijos (rueda y lámparas de repuesto, triángulos y chaleco reflectantes, etc.), como explica GÓMEZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir...», p. 176.

caso con confusas normas, cuya interpretación creemos que debe ser la expuesta en este trabajo: el empresario responde por la sustracción o daños de determinadas pertenencias de los clientes por imperativo legal; también puede responder por la desaparición de otras, pero para ello es necesario que hayan sido entregadas para su particular custodia en un servicio especial, observando las prevenciones realizadas por el titular del establecimiento. Respecto de esto último, la Ley reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos dispone en el artículo 3.2 que la responsabilidad del titular del aparcamiento que presta un servicio especial de custodia requiere que los objetos «hayan sido expresamente declarados por el usuario a la entrada del aparcamiento y el responsable de éste acepte su custodia», y que «el usuario observe las prevenciones y medidas de seguridad que se le indiquen, incluida la del aparcamiento del vehículo o el depósito de los efectos, en la zona o lugar que estuviere habilitado al efecto para su vigilancia» [reiterándose estos deberes del usuario en el art. 4.c)]. Por tanto, parece claro que las leyes, y no ya el Código Civil sino también leyes más recientes, admiten los avisos o advertencias del empresario sobre el alcance de su responsabilidad, si bien en el ámbito en que la misma no le viene impuesta por la propia ley en atención al tipo de actividad que se desarrolla y a su condición de empresario o profesional⁹¹.

Así pues, son nulas las cláusulas de exoneración de responsabilidad del hotelero en la esfera de riesgo que le corresponde (objetos no valiosos ubicados en habitaciones o dependencias del establecimiento) y son válidas esas advertencias en el ámbito de riesgo que la ley no impone al empresario y le permite avisar a los clientes de la necesidad de adoptar ciertas precauciones (objetos de valor, que han de ser depositados en dispositivos de seguridad). Mas esta regla general requiere nuevas precisiones. Una de ellas es que, adoptadas por los huéspedes las medidas de seguridad impuestas en los avisos del titular del local como presupuesto de su obligación de indemnizar, la responsabilidad de éste en este caso se rige por las normas generales (arts. 1101 y siguientes del

⁹¹ Así, en relación con la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, DE VERDA Y BEAMONTE, «Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español», *RdP*, 2005, núm. 15, p. 25 ss., p. 46, considera que serán válidas las cláusulas de exoneración de responsabilidad por robos o daños que el titular del aparcamiento no está legalmente obligado a asumir. En concreto, según el artículo 3.1.c), la obligación de restitución de aquél no alcanza (salvo pacto en contrario) a los accesorios no fijos y extraíbles, los cuales deberán ser retirados por los usuarios, de modo que si éstos no lo hacen, deberán asumir el riesgo de que les sean robados. Tampoco, sigue, según resulta del artículo 4.d), el titular del aparcamiento responde por robos o daños en el vehículo, si el usuario no ha seguido sus normas e instrucciones respecto al uso y seguridad del mismo.

Código Civil), y la modificación de este régimen habría de valorarse con arreglo a los criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales acerca de las cláusulas limitativas o restrictivas de la responsabilidad contractual⁹². Ha de tenerse en cuenta, además, que según otros Códigos europeos la responsabilidad del hotelero en este supuesto es ilimitada, como vimos, y no se admite cláusula en contrario (art. 1953 del Código francés, art. 1785 quáter del Código italiano y parágrafo 702a. 1 B.G.B.).

La otra precisión es que, partiendo de la inderogable responsabilidad del fondista por los efectos no considerados valiosos, respecto de los que no se halla obligado a realizar ninguna advertencia, habría que plantear la admisibilidad de las cláusulas que limitan la cantidad a indemnizar por el mismo. En la jurisprudencia no faltan casos en que la discusión gira sobre la limitación a cierta cantidad de la responsabilidad del hotelero. Así, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de noviembre de 2000 (JUR 2001/92178) se debatía acerca de la existencia de ciertas pegatinas, adheridas a la caja fuerte individual de la habitación, en las que el hotel avisaba de la limitación de responsabilidad a la cantidad de 500.000 pesetas; el recurso se centra en una cuestión fáctica, esto es, en la efectiva colocación de la pegatina con anterioridad al momento en que se produjo el robo, de manera que hubiera podido ser conocida por el viajero, pero la Audiencia da por presupuesta la validez de la limitación cuantitativa de la responsabilidad del hotelero, pues no se cuestiona la misma. Si se tiene en cuenta lo dispuesto en los Códigos francés (art. 1953), italiano (art. 1783) y alemán (art. 702) parece que habría que concluir a favor de estos límites a la cantidad a indemnizar⁹³, en aras de la necesidad de hallar el equilibrio adecuado entre derechos y obligaciones de las partes, hotelero y cliente. Pero ante la ausencia de toda norma en nuestro Derecho sobre la cuestión, el establecimiento de dicha limitación habría de ser convencional en todo caso, como por otra parte también se exige en los Códigos extranjeros citados; así, el artículo 1953 francés fija un tope a la indemnización y admite una limitación “convencio-

⁹² Sobre la modificación convencional de la responsabilidad contractual, GARCÍA AMIGÓ, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pp. 321-424; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 615; ÁLVAREZ PLATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998; SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2.ª ed., Pamplona, 2002; DE VERDA Y BEAMONTE, *ob. cit.*

⁹³ También en otros sectores se aplican límites cuantitativos, de manera que se fija un tope máximo para la cantidad a indemnizar. Ello es habitual en el sector del transporte, y en cualquiera de sus modalidades (aéreo, marítimo, terrestre, por ferrocarril, nacional o internacional, etc.), cuya normativa específica establece estos límites.

nal” inferior, y el parágrafo 702a del Código alemán sólo admite la renuncia a una cantidad superior a la fijada como límite, renuncia que sólo es efectiva si la declaración del huésped consta por escrito.

Se podría pensar que, tratándose de cosas de poco valor (pues las valiosas se han debido entregar para su custodia o, en caso contrario, el hotel no responde) no tiene mucho sentido limitar la cantidad a indemnizar, pues ésta debería ser muy baja para que beneficiara al hotelero en alguna medida. Ahora bien, la limitación de la cantidad a indemnizar cobra sentido si se tiene en cuenta que, sumando el valor de los diferentes objetos sustraídos (aunque no sean de mucho valor en sí mismos), puede ir elevándose de manera considerable el importe a pagar por el empresario. Y, además, quizá fuera adecuado limitar la cantidad a indemnizar en los casos de sustracción de objetos depositados en la caja individual de cada habitación, como se discutía en la sentencia de la Audiencia de Málaga, con el fin de reducir en alguna medida la responsabilidad del hotelero en un supuesto híbrido, que se halla a medio camino entre el de entrega de las pertenencias para su custodia en la caja fuerte central y el de mera ubicación de los objetos en la habitación.

En conexión con lo anterior, cabe abordar una última cuestión acerca de la necesidad de cumplir las advertencias del hotelero sobre el cuidado y vigilancia de los efectos, a la que se refiere el artículo 1783. Esta exigencia no se debe referir, como hemos explicado, a todo el equipaje del huésped, sino que se debe circunscribir a los objetos valiosos, sobre los que recae la regla administrativa acerca del aviso de su custodia especial⁹⁴. Ahora bien, ¿se cumplen esas prevenciones introduciendo los objetos en la caja fuerte individual de la habitación o es necesario que sean entregados para su custodia en la caja fuerte central del establecimiento? La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife admitió lo primero en la sentencia de 22 de julio de 1998 (AC 1998/1638), pero esta decisión no puede acogerse sin matizaciones. Así, si de lo que avisa el titular del establecimiento es de la necesidad de depositar las cosas de valor en el servicio de custodia central (lo que, por otra parte, claramente especifica el artículo 78 de la norma reglamentaria), esto es lo que habrá de hacerse

⁹⁴ En este sentido se puede citar la SAP de Zamora 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/128076), en la que se discutía si el hotel había hecho las debidas advertencias al cliente sobre la necesidad de depositar en la caja fuerte los objetos de valor, pero al final se viene a concluir que ello es irrelevante en el caso, pues no se trataba de efectos valiosos, sino de un reloj, un teléfono móvil, una riñonera, una cartera, algún dinero y alguna documentación, todo ello valorado en 600 euros.

como presupuesto de la aplicación de un régimen de responsabilidad como depositario profesional. Si, por el contrario, el hotelero no indica nada al respecto o señala las cajas individuales de las habitaciones como medio de asegurar los objetos de valor, bastará con la utilización de éstas, sin que pueda después alegarse una exoneración de responsabilidad por no haberse entregado las cosas para su guarda particular (si bien el régimen de esta responsabilidad sería el explicado para estos dispositivos especiales). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de diciembre de 2001 (JUR 2002/44398) se advertía que no constaba que se hubiese ofrecido la caja de seguridad central al demandante, pero “si la parte demandada ofertó como único servicio la caja de seguridad individual de cada habitación, debe responder de la seguridad del hotel que gestiona y dirige [...]”. Asimismo, en la sentencia de 21 de septiembre de 2005 (JUR 2005/252879), la Audiencia de Alicante consideraba suficiente la utilización de las cajas de seguridad instaladas en las habitaciones, ante la alternativa que ofrecía el propio hotel, que recomendaba su uso o el del servicio de custodia del establecimiento, no respondiendo en caso contrario. Y, en efecto, pensamos que si el hotel ofrece un dispositivo sustitutivo del central, la caja fuerte individual, para la mayor comodidad de los clientes en los establecimientos de cierta categoría, no puede ser para que después los huéspedes encuentren inconvenientes en su utilización. Sin embargo, ante parecidos hechos, el mismo tribunal de Málaga adoptó en la sentencia de 20 de junio de 2002 (JUR 2002/259907) un riguroso criterio: tampoco quedó acreditado que se hubiera ofrecido al cliente la posibilidad de utilizar la caja central del establecimiento, pero como “sí ha quedado acreditado que la misma existía”, “correspondía también a los clientes interesar el depósito de efectos en la caja fuerte del hotel, comunicar los que en ella se introducían y el correspondiente recibo, sin que pueda considerarse que las advertencias contenidas en el Directorio o en el folleto propagandístico existentes cuando ocurrieron los hechos pudieran llevar a equívoco a los clientes en cuanto de las limitaciones de la caja de seguridad individual”.

En definitiva, si se han introducido los objetos de valor en la caja individual de cada habitación, el hotelero que no especificó la necesidad de entregarlos en el servicio de custodia general, no podrá decir después que no responde por la sustracción de los mismos por no haberse depositado en la caja central del establecimiento, debiendo entenderse que los huéspedes que así han actuado han observado las advertencias del empresario sobre la seguridad de

sus efectos. Ahora bien, afirmada la responsabilidad del hotelero, quizá fuera más acertado establecer límites cuantitativos que entender que aquélla es ilimitada como en los casos de utilización de la caja fuerte central. La cantidad máxima a indemnizar por el fondista debería ser más elevada que la aplicable a la desaparición de objetos que se hallaban simplemente en la habitación, teniendo en cuenta que se tratará de objetos de valor y que el cliente ha observado las advertencias del hotelero, pero la fijación de un tope máximo puede ser una manera de moderar (junto con la posibilidad de apreciar negligencia en el usuario) la indiscutible responsabilidad del hotelero que también responde cuando se utiliza la caja particular de cada habitación.

V. INDEMNIZACIÓN

Afirmada, cuando así proceda, la responsabilidad del hotelero, se debe indemnizar al cliente. En la jurisprudencia el resarcimiento al viajero ha planteado dos tipos de cuestiones. Por un lado, los tribunales han tenido que abordar los correspondientes problemas de prueba, exigiendo la demostración de la preexistencia en el hotel de los efectos que se dicen sustraídos, así como de su valor. En las resoluciones judiciales no suele requerirse, sin embargo, la prueba del daño en sí⁹⁵, acertadamente a nuestro juicio, 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, de manera que la falta de restitución es el daño mismo⁹⁶; es más, el huésped podrá intentar demostrar la desaparición de sus efectos, pero le resultará muy difícil probar el hecho de la sustracción. Por otro lado, los tribunales han debido afrontar la difícil cuestión del montante de la indemnización, al tener que solucionar en algunos casos si debía resarcirse también el daño moral reclamado y otras cantidades añadidas al simple valor del bien.

⁹⁵ Sólo dos sentencias, las de la AP de Alicante 2 de diciembre de 1992 (AC 1992/1634) y la AP de Almería 3 diciembre de 1999 (AC 1999/2576), se refieren a la prueba de la sustracción, entendiendo que ésta no puede quedar acreditada por la denuncia ante la policía.

⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 688, explica que, aunque la regla general es que la prueba de los daños corresponde al demandante, en algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha entendido que el incumplimiento es por sí solo determinante de daños, de manera que el demandante queda exonerado de su prueba. Según MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 237-239, la no restitución de lo depositado, una vez demostrada por el depositante la existencia del depósito y la entrega de la cosa, acarrea por sí misma un daño al depositante que se deduce del incumplimiento, sin necesidad de prueba adicional.

1. PRUEBA DE LA PREEXISTENCIA Y DEL VALOR

En la jurisprudencia se sostiene que, en orden a la indemnización correspondiente, a los demandantes incumbe la prueba de la preexistencia de los objetos sustraídos en el hotel, bien en la habitación o dependencias del establecimiento, bien en las cajas fuertes.

Ahora bien, respecto de los objetos depositados en la caja fuerte central del establecimiento, la prueba puede venir facilitada por el resguardo proporcionado por el hotelero, en el que ha de quedar individualizado el objeto o ha de hacerse inventario de las cosas entregadas; recuérdese que el artículo 78.1 de la Orden Ministerial de 1968 alude al recibo referente a los objetos que se entreguen para su custodia especial⁹⁷. Será, por tanto, la prueba de las pertenencias ubicadas en las habitaciones o dependencias del establecimiento la que plantee más problemas. Así, no existe una línea jurisprudencial uniforme en la valoración del cumplimiento de esta exigencia, pues las resoluciones judiciales sobre la cuestión se pueden clasificar en dos grupos, que se referirían a posturas contrapuestas.

Así se puede distinguir un conjunto de sentencias que adoptan una posición flexible en relación con la prueba de la preexistencia de lo perdido o sustraído, y que afirman que dicha prueba no debe ser rígida ni convertirse en una prueba diabólica, debiendo ser valorada conforme a parámetros normales de la lógica, siempre teniendo en cuenta la dificultad que conlleva, y dejando «abierta la posibilidad de estimación en línea de racionalidad o falta de pruebas disponibles más contundentes, y, en su caso, de contrapruebas». Para acreditar la existencia en el hotel de las pertenencias robadas, así como, en ocasiones, su valor, se admite la presentación de facturas, la declaración de testigos, los incidentes posteriores al descubrimiento de la pérdida (denuncias⁹⁸, un listado confeccionado justo después de apercibirse de la sustracción, comunicaciones y cartas entre demandante y demandado), la previa tasación pericial de las joyas por la aseguradora del huésped, y, a veces, una valoración aproximada del equipaje en su conjunto (si es éste el que ha sido sustraído), teniendo en cuenta criterios de normalidad (lo que es razonable portar para un viaje de las características del efectuado

⁹⁷ JORDANO FRAGA, «Comentario...», p. 371.

⁹⁸ Sobre la conveniencia de la denuncia en los casos de desaparición de objetos introducidos (no entregados) por los clientes en el establecimiento, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 518. Por otra parte, el artículo 1785 ter del Código Civil italiano establece la obligación de denunciar el daño, de manera que, salvo en los casos de culpa del hotelero, si el cliente denuncia la sustracción a éste con retraso injustificado, no podrá exigirle responsabilidad. Asimismo, el parágrafo 703 B.G.B. dispone la extinción de la pretensión indemnizatoria si el huésped no avisa al posadero sin demora, excepto en los casos de culpa del hotelero y en los supuestos de entrega al mismo para la custodia.

por el demandante) y que no es usual que se conserven las facturas de la mayor parte de su contenido. En este sentido se pueden citar las sentencias de la Audiencias Provinciales de Madrid de 12 de abril de 2000 (AC 2000/1660), de Valencia de 7 de septiembre de 2001 (JUR 2001/313307), de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186), de Granada de 10 diciembre de 2003 (AC 2004/122), de Baleares de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002/208616) y 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/77789)⁹⁹, y de Barcelona de 6 de mayo de 2003 (AC 2003/2102). Las sentencias de la Audiencia Provincial de las Palmas de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002/35166) y 27 de enero de 2006 (JUR 2006/155557) afirman incluso una presunción de preexistencia, «máxime, como es el caso, en que la denuncia ante la Guardia Civil se presenta al momento inmediato de ocurrir los hechos», y que «los objetos descritos son los habituales que en unas vacaciones se suelen llevar» o que «la valoración total de lo depositado es acorde con la cantidad que dos personas en iguales circunstancias pudieron depositar en la caja de seguridad de la habitación de un hotel de cuatro estrellas durante una estancia vacacional». Y la Audiencia Provincial de Málaga llega más allá en la sentencia de 5 diciembre de 2001 (JUR 2002/44398) al considerar «creíble» que la demandante tenía en depósito en la caja fuerte de su habitación un número de joyas de elevado valor, dada «la categoría y precio del hotel, fechas festivas, y gastos efectuados en el establecimiento hotelero, en conceptos y valores que difieren en mucho de los gastos del ciudadano medio».

Dentro de esta postura amplia, cabe mencionar también la presunción de verdad en la declaración del depositante que aplican algunas sentencias respecto al valor de lo depositado. El artículo 1769.3 ordena estar a la declaración del depositante en cuanto al valor de lo depositado, salvo prueba en contrario, y si la fuerza proviene del depositario. La jurisprudencia ha entendido que esta norma no se refiere sólo al depósito de cosa cerrada y sellada, como sí lo hace el párrafo primero de dicho precepto, sino que contemplaría todo tipo de depósito¹⁰⁰. Y al mandar estar a la declaración

⁹⁹ En esta sentencia se llega a afirmar incluso que es la entidad hotelera la que impide o dificulta la prueba de los hechos al demandante. Se trataba de la sustracción de una moto del aparcamiento vigilado del hotel, y la Audiencia de Baleares entiende que si el hotel hubiera dispuesto de un registro o soporte documental de los vehículos que los clientes depositaban en el garaje, y lo hubiera aportado a autos, la preexistencia del objeto sustraído no presentaría la dificultad probatoria que se evidencia en el presente caso, «en el que exigir al demandante prueba incontestable sobre ello resulta excesivo y debe ser calificada de «diabólica» por la propia conducta de la entidad hotelera que, con su falta de diligencia respecto al servicio que ofrece a sus clientes, es la que impide, precisamente, dicha probanza».

¹⁰⁰ Sin embargo, la SAP de Madrid 12 de abril de 2000 (AC 2000/1660) consideró que el artículo 1769.3 está pensado para un depósito de cosa entregada cerrada y sellada, y no existe razón para extenderlo por analogía a supuestos distintos.

del depositante, a no haber contraprueba, según la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1994 (RJ 1994/569), dispone una presunción de verdad en las afirmaciones del mismo: «la Ley cree en principio en la declaración del depositante, y a falta de prueba, [...] había de estarse a la declaración del robado «siendo persona de buena fama», atendiendo a la calidad de las personas y a las circunstancias del hecho, y atendiendo también a que de otra forma sería las más de las veces imposible la prueba en casos como el de este pleito. Y aunque en el caso ahora discutido no se ha hablado de acción delictiva, sí puede aceptarse una falta, al menos, al deber de fidelidad del depositario»¹⁰¹. La doctrina de esta sentencia es citada y reiterada en las de las Audiencias Provinciales de Granada de 5 de abril de 2003 (JUR 2003/200168) y Las Palmas de 27 de enero 2006 (JUR 2006/155557).

Frente a las anteriores, se puede encontrar otro grupo de sentencias menos benevolentes en la apreciación de los requisitos de prueba. En estas resoluciones los tribunales consideran insuficiente para acreditar la preexistencia en el hotel de los objetos en cuestión, así como su valor, la denuncia ante la Policía, la mera manifestación del demandante, la presentación de facturas que adolecen de alguna irregularidad (falta de sello de la entidad vendedora, falta de coincidencia con la relación de objetos robados, etc.), el dato de no tratarse de objetos de uso habitual y cotidiano de los que normalmente se llevan consigo al permanecer en un hotel, etc. En esta dirección se manifiestan las sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante de 2 de diciembre de 1992 (AC 1992/1634), de Almería de 3 de diciembre de 1999 (AC 1999/ 2576), de Valencia de 13 de diciembre de 2000 (JUR 2001/65557), de Madrid de 16 de julio de 2001 (JUR 2002/9125), de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082) de Córdoba de 10 de noviembre de 2004 (JUR 2005/51496).

Las dificultades de prueba en este ámbito aconsejan, no obstante, una posición transigente, basada en pautas de normalidad, bien sea en general, bien sea en relación con las circunstancias concretas del caso. Como pone de relieve la jurisprudencia antes citada, a propósito de la postura más flexible, la categoría del hotel, las fechas de la estancia o el motivo de la misma, pueden justificar la preexistencia en el hotel de objetos que no serían habituales en otras circunstancias. Ésta es la manera en que se ha operado también en otros sectores paralelos al de los establecimientos hoteleros, como es el de aparcamiento de vehículos y sustracción de éstos o de los objetos contenidos en los mismos, en el que para acreditar la preexistencia

¹⁰¹ *Vid.* sobre la aplicación del artículo 1769 en este caso JORDANO FRAGA, «Comentario...», pp. 374-377.

de estas cosas se ha recurrido a criterios de normalidad y se ha considerado suficiente la denuncia policial, la inmediata reclamación en el propio aparcamiento y la prueba testifical¹⁰². Incluso la Ley de 14 de noviembre de 2002 atribuye la titular del aparcamiento el riesgo de sustracción de los componentes y accesorios fijos del automóvil, pero siempre que «sean habituales y ordinarios, por su naturaleza o valor, en tipo de vehículo de que se trate».

2. INDEMNIZACIÓN DEL VALOR DE LOS EFECTOS SUSTRÁIDOS, DEL VALOR DE AFECCIÓN Y DEL DAÑO MORAL

En la generalidad de los casos la indemnización al cliente consiste en el equivalente pecuniario de los objetos desaparecidos. Ésta es la interpretación que en la jurisprudencia se ha dado al artículo 1783, que, efectivamente, sólo se refiere a la responsabilidad por los efectos introducidos en el establecimiento¹⁰³. Por tanto, no se indemniza otro tipo de daño emergente, ni tampoco el lucro cesante, como es propio de la responsabilidad contractual en virtud del artículo 1106. Y si esto es así, llama la atención que los tribunales, a la vez que limitan el resarcimiento a un restringido daño emergente, sin contemplar tampoco la ganancia dejada de obtener, sostengan, al mismo tiempo, insisto, que la responsabilidad del hotelero es más grave o de mayor alcance que la que corresponde al depositario en general.

Creemos que es muy fácil pensar en determinados gastos, encuadrables en el daño emergente a que se refiere el artículo 1106, que el huésped puede verse obligado a afrontar como consecuencia de la desaparición de su equipaje o de algunas de sus pertenencias. Así, si se trataba de objetos indispensables para el cliente, tales como prendas de vestir, utensilios de aseo personal, el ordenador portátil necesario para el trabajo u otros instrumentos profesionales, etc., no cabe duda de que el cliente se verá obligado a la inmediata adquisición de otros que sustituyan a los desaparecidos. ¿Y por qué no se indemnizan estos gastos como ocurriría en la generalidad de los casos? Pero es más, aun tratándose de cosas no tan indispensables, pero sí de enorme utilidad para el huésped, éste puede verse en la necesidad de adquirir otros nuevos inmediata-

¹⁰² GÓMEZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir...», p. 171.

¹⁰³ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 581, entiende que la responsabilidad del fondista se traduce en una restitución del valor o restitución en dinero, y que de los artículos 1783 y 1784 no se desprende, al menos con claridad, una responsabilidad por los perjuicios ulteriores que el viajero pueda sufrir por la falta de restitución de sus pertenencias.

mente, originándose nuevos gastos como consecuencia del incumplimiento; podría ocurrir así con el teléfono móvil, con las cámaras fotográficas, ordenadores, etc. 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. Pero no puede perderse de vista que el viajero puede verse abocado a la compra de nuevos objetos para cubrir unas necesidades que ya tenía satisfechas, con el aumento de gastos, aunque sean provisionales, que ello puede implicar.

Podría resultar más difícil, en cambio, pensar en un lucro cesante por la sustracción de las pertenencias de los viajeros. Pero no es imposible si se delimitan los casos. Así, es ciertamente difícil cuando la estancia en el hotel se debe a un viaje de placer, ocio, etc., pues el cliente, como usuario o consumidor, es el destinatario final de los servicios ofrecidos por el hotel. Sin embargo, resulta más fácil en los supuestos de viajes de trabajo o negocios, cuando resultan sustraídos los instrumentos profesionales. ¿Se puede dudar de que la desaparición de los documentos de trabajo, del ordenador portátil, de los utensilios o herramientas necesarios para el ejercicio de la profesión, etc., 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. Y si estas partidas no se indemnizan, con base en el artículo 1783, ¿todavía se puede seguir hablando de una responsabilidad agravada del hotelero? Nos parece que no, sino que es, ciertamente, una responsabilidad por riesgo, pero limitada en orden al resarcimiento de los daños.

Volviendo a la indemnización que suelen conceder los tribunales, ya adelantamos que se suele ceñir a los efectos desaparecidos, por lo que la jurisprudencia exige acreditar su valor, como ya hemos visto. Ahora bien, pensamos que el valor que se debe resarcir no es el del momento de la adquisición del bien, que es el que consta en las facturas presentadas por el cliente a los efectos de prueba, ni tampoco el del momento de la reclamación por el viajero, en ambos casos por una sencilla razón: la revalorización o depreciación del bien jugaría a favor y en contra de las distintas partes, según los casos, e incluso si se atendiera al momento de la reclamación por el huésped, éste podría jugar con esta posibilidad en su provecho. De modo que parece más conveniente atender al valor correspondiente al momento de la desaparición o sustracción. Es con relación a ese

tiempo como se debe determinar lo que al cliente costaría adquirir un bien de iguales o similares características al desaparecido, teniendo en cuenta, por tanto, no sólo el aumento de valor producido desde su adquisición, sino también su posible depreciación o deterioros¹⁰⁴. Y sin olvidar, por otra parte, que la deuda de indemnización de los daños contractuales es una deuda de valor¹⁰⁵.

Por otra parte, la indemnización concedida por los tribunales en algunos casos no se ha limitado al valor del objeto sustraído, sino que ha comprendido, además, el valor de uso o valor de afección. Ocurrió así en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/77789), en relación con la sustracción de una moto del garaje vigilado del hotel: el tribunal entendió, de acuerdo con jurisprudencia anterior de la propia sala, que cuando se trata de indemnizar un vehículo usado por su propietario para su servicio y comodidad, la cuantía del mismo no puede limitarse a su valor venal, sino que a éste ha de añadirse el valor de uso o valor de afección, el cual se obtiene aplicando un porcentaje (en el caso, un 20 por 100) sobre el valor venal acreditado¹⁰⁶. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 diciembre de 2003 (AC 2004/122), a propósito de la desaparición del equipaje entregado en recepción e introducido en un autobús por error, al tratar de fijar el importe a indemnizar, consideró que «con independencia del estricto valor material de reposición, hay un valor de afección y molestias que también podrán tenerse en cuenta a este efecto».

Compartimos el criterio de ambos tribunales, en cuanto conceden una indemnización que no se limita al estricto valor de lo sustraído, de acuerdo con cuanto hemos explicado anteriormente acerca de la necesidad de resarcir ciertos daños, además de indemnizar el valor de las pertenencias desaparecidas. Ahora bien, discrepamos de ambas sentencias en el recurso a un valor de uso o valor de afección, pues este valor no es sino un daño emergente o un daño moral, en función de los casos. Así, si con ese valor de uso o valor de afección los tribunales se quieren referir a los gastos que ocasiona la privación del vehículo propio (la necesidad de utilizar el servicio de taxi, autobús, tren, etc.), o la desaparición de todo el equipaje del viajero (la inmediata adquisición de otros que sustituyan, por lo menos, los más imprescindibles), estaríamos ante un daño

¹⁰⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, pp. 239-242.

¹⁰⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 691; CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 1106», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Madrid, 1989, p. 703 ss.

¹⁰⁶ Así, en el caso se pasó de una indemnización de 12.660 euros por el valor venal de la moto, más 578 euros en concepto de extras o equipamientos, a una indemnización de 15.992 euros, añadiendo el valor de uso o de afección.

emergente. Si, en cambio, con el mencionado valor los tribunales quieren aludir al desasosiego, inquietud, angustia, ansiedad, etc., que origina la desaparición de las pertenencias, nos hallaríamos ante un daño moral, entendido en sentido amplio. Quizá los tribunales traten de comprender ambas cosas bajo el vago concepto de valor de uso o valor de afección, aunque en un caso se trate de daños patrimoniales y en el otro de daños extrapatrimoniales.

Otras sentencias, sin embargo, no se refieren a este valor de uso o de afección, determinado por las incomodidades o molestias que ocasiona la sustracción del bien, sino al daño moral experimentado por el huésped cuyas pertenencias desaparecen¹⁰⁷. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2002 (JUR 2002/115186) admitió la indemnización por daño moral (100.000 pesetas) reclamada por la demandante, por las molestias, tensiones y angustia que los hechos provocaron a la misma (el robo de joyas y dinero por valor de 965.000 pesetas), de tal manera que se convirtió en infierno lo que estaba previsto que fuera un viaje de placer; la Audiencia reconoce, no obstante, que resulta muy difícil la traducción económica del daño moral, que debe ser cuantificado, por ello, de modo prudencial en orden a la resolución del conflicto en términos económicos convencionalmente aceptados. Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/77789) concedió una indemnización por daño moral de 1.000 euros, considerando desproporcionada la cantidad de 3.000 euros que solicitaba la demandante; se trataba del robo de la moto del aparcamiento vigilado del hotel y el tribunal sostiene que resulta innegable, por notorio, que la persona que se privada de su vehículo, con el que se ha desplazado fuera de su lugar de residencia, se ve abocada a padecer una serie de molestias y preocupaciones que resultarían inexistentes de no haberse causado el daño, y que provocan sentimientos de impotencia, ansiedad, zozobra, etc., que deben ser objeto de la correspondiente indemnización¹⁰⁸.

¹⁰⁷ No reconoce una indemnización en este concepto, en cambio, la SAP de Sevilla 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082). Se había robado un portafolios con documentos de trabajo y el demandante reclama una indemnización por los daños y perjuicios derivados de los trastornos en la organización de la empresa. El tribunal rechaza la petición porque no existía el más mínimo indicio ni del motivo ni de en qué consistían tales trastornos. Quizá se tratara, pensamos nosotros, no de meros trastornos, sino de un lucro cesante, producido por la desaparición de material de trabajo; no obstante, también en ese caso debería acreditarse.

En la SAP de Zamora 20 de mayo de 2005 (JUR 2005/128076) tampoco se admite la indemnización de los daños morales, pero simplemente porque no se aporta ningún dato que permita evaluarlos económicamente.

¹⁰⁸ También se ha indemnizado el daño moral ocasionado por la desaparición del equipaje en el ámbito del transporte aéreo. La SAP de Alicante 7 de octubre de 2004 (AC 2004/1995) ante la pérdida de las maletas de una familia que viajaba a Italia y que no

La indemnización del daño moral contractual también requiere cierto comentario¹⁰⁹. Estas sentencias se adhieren a una línea jurisprudencial que ha mantenido un concepto amplio del daño moral en orden a admitir su resarcimiento. Así, si bien los tribunales no dudan hoy en admitir la indemnización de este tipo de daños en el marco de la responsabilidad contractual, algunos, aunque minoritarios, son algo más restrictivos al perfilar la noción de daño moral. En la doctrina pueden distinguirse también, y aún con más nitidez, dos posiciones acerca de la indemnizabilidad del daño moral contractual, más flexible o más rígida en relación con el concepto mismo, identificándolo, respectivamente, bien con la angustia, el desasosiego, la intranquilidad, la zozobra, la ansiedad, etc., bien con la lesión a los derechos de la personalidad. De manera que, aunque en las sentencias arriba mencionadas no se titubea en la indemnización del daño moral por acogerse al sentido más amplio del mismo, el resarcimiento a los viajeros por las molestias o «sentimientos» que la desaparición de sus pertenencias les ha provocado no es incontestable.

las recuperó hasta cinco días después, consideró que ello «acontecido en un país que no era el de su residencia habitual y en plenas fiestas navideñas, se estima, hubo de producir una considerable tensión y un profundo malestar ante la apresurada necesidad de realizar una apresurada sustitución de sus ropas y demás artículos de primera necesidad, añadida a la incomodidad de tener que reiterar quejas y reclamaciones, como, en fin, de dedicarse a la búsqueda y persecución de sus pertenencias en un tiempo vacacional cuyo disfrute desde luego, puede fundadamente presumirse, quedó notablemente frustrado [...]»; «es sabido, por lo demás, que la jurisprudencia ya ha admitido en el concepto «daño moral» la pérdida de objetos materiales (STS 19 octubre 1996 [RJ 1996/7508]), pérdida que en este caso se produjo, aunque lo fuera de modo temporal, y los padecimientos de índole psíquica (SSTS de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995/4089] y 19 de octubre de 1996 [RJ 1996/7508]), entre los que se encuentra la ansiedad, nerviosismo y desasosiego propios de una situación como la de autos».

La SAP de Madrid 18 de febrero de 2005 (AC 2005/428), también ante un retraso en la recuperación del equipaje, y tras exponer una extensa doctrina acerca del daño moral, declaró, por lo que a nosotros nos interesa, que «no cabe duda que los supuestos de retraso en la entrega de equipajes, como sucede en el presente caso, al margen de generar en los pasajeros una serie de gastos materiales tales como la urgente necesidad de proveerse de algunas ropas, ocasiona también una serie de molestias que implican perturbación en su ánimo, incomodidades, preocupaciones [...]».

La SAP de Valencia 20 de junio de 2005 (AC 2005/1174) entendió, para un supuesto de extravío de maletas, que «la acreditación del daño moral que al demandante implicó la pérdida durante toda la estancia en el extranjero de su equipaje y su falta absoluta de disposición de vestimenta y objetos de uso personal, resulta no sólo evidente sino además acreditada con la prueba testifical practicada [...]».

¹⁰⁹ Vid. CARRASCO PERERA, «Comentario...», p. 699; PARRA LUCÁN, «Comentario a la STS 15 de febrero de 1994», *CCJC*, 1994, núm. 35, p. 569; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, p. 687, y *Derecho de daños*, p. 324; MARTÍN CASALS-SOLÉ FELIÚ, «Comentario a la STS 31 de octubre de 2002», *CCJC*, 2003, núm. 61, p. 245; ESPIAU ESPIAU, «La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid, 2003, p. 1789; RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADC*, 2003, II, p. 829, e «Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2614)», *RdP*, 2006, núm. 16, p. 277; PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, *Daño moral por incumplimiento de contrato*, Pamplona, 2006.

En este sentido, algunas voces se han alzado contra la admisión indiscriminada de este tipo de daños por los tribunales, y postulan la introducción de ciertos límites mediante diversas vías, una de las cuales consistiría precisamente en una delimitación más precisa de la noción de daño moral¹¹⁰. El otro camino en orden a la imposición esos límites en la indemnización del daño moral contractual, cuya aplicabilidad al caso de la responsabilidad de los hoteleros puede excluir la obligación de éstos de resarcirlo, consiste en la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual. En efecto, si bien no existe unanimidad en la doctrina acerca del concepto, sí hay coincidencia, en cambio, en la necesidad de aplicar las mencionadas normas y, en concreto, el artículo 1107. Todos los autores suelen requerir que, de acuerdo con este precepto, el daño moral fuera previsto o previsible para el deudor y, además, consecuencia necesaria del incumplimiento. La previsibilidad del daño implica averiguar si la prestación comprometida en la relación obligatoria, habida cuenta de la finalidad de ésta, imponía al deudor un deber de protección o de diligencia para evitar el daño moral. Es posible que la prestación principal no se dirigiera a tutelar intereses extrapatrimoniales, pero, aún así, es posible que el daño moral fuera razonablemente previsible, teniendo en cuenta, además, que el contrato ha de integrarse de acuerdo con el artículo 1258, y que por tanto, obliga a lo pactado, por supuesto, pero también a deberes o prestaciones complementarias o accesorias, derivadas de la buena fe o de los usos.

Aplicando estos requisitos a la responsabilidad del fondista por la desaparición o sustracción de los efectos de los viajeros, puede dudarse de que aquél esté obligado a reparar el daño moral. Lo que genera el incumplimiento, bien sea de una obligación de custodia esencial, bien sea de una obligación de guarda accesoria, es, indudablemente un daño patrimonial. También pueden originarse ciertas molestias, inquietudes o ansiedad en el huésped, que son consecuencia necesaria del incumplimiento. Ahora bien, la prestación comprometida en la relación de hospedaje ¿incluía deberes de diligencia tendentes a evitar este sufrimiento? Creemos que la respuesta pasa necesariamente por distinguir, como siempre, los dos tipos de supuestos que pueden plantearse, pues aunque las circunstancias particulares de cada caso impongan en alguna ocasión algún replanteamiento de lo que a continuación se expone, en general puede admitirse que no son iguales los deberes comprometidos cuando se ha pactado un depósito de concretos objetos (supuesto

¹¹⁰ Insiste acertadamente en la necesidad de imponer ciertos límites a la indemnizabilidad del daño moral contractual RODRÍGUEZ GUTIÁN, *idem*.

de entrega para la custodia en cajas fuertes), que cuando lo único acordado es simplemente el hospedaje y las pertenencias del cliente han sido meramente introducidas en el hotel (supuesto de efectos ubicados en las habitaciones o dependencias comunes del establecimiento).

Así, en el caso de sustracción de objetos depositados en las cajas fuertes nos parece algo más clara la obligación del hotelero de indemnizar el daño moral. Partiendo de que se ha pactado un servicio de custodia cualificado, que obliga a prestar un mayor nivel de diligencia, y considerando que lo entregado para su guarda particular serán los objetos de mayor valor (joyas y cantidades elevadas de dinero, sobre todo), 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. Hay que tener en cuenta, además, que los contratos no obligan sólo a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que deriven de los usos y de la buena fe (art. 1258), y ya hemos tenido ocasión de explicar a lo largo de este trabajo la relevancia de los usos y de la buena fe en el sector hotelero. De manera que 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.

La conclusión debe ser distinta, sin embargo, para los objetos meramente introducidos en el hotel, es decir, para los que se hallan en las habitaciones o dependencias del establecimiento, en relación con los cuales el hotelero sólo debe una prestación accesoria de custodia que no parece comprender deberes de diligencia en relación con daños morales. Ciertamente, 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. De los usos o la buena fe dimanar deberes, principales o secundarios, para el hotelero, pero también para el huésped, a quien puede ser exigible adoptar ciertas precauciones en relación con sus pertenencias, sobre todo cuando se halle en los espacios comunes del establecimiento o cuando el gran valor de los objetos haga a todas luces aconsejable su introducción en una caja de seguridad. Por otra parte, es obvio que todo incumplimiento contractual en general origina perjuicios, molestias o incomodida-

des¹¹¹, pero el daño indemnizable ha de ser de cierta entidad, so pena de reclamaciones de daños morales ridículas o irrisorias¹¹².

VI. ¿SE APLICAN LOS ARTÍCULOS 1783 Y 1784 A OTRO TIPO DE ESTABLECIMIENTOS?

Una de las cuestiones tradicionalmente tratadas por doctrina y jurisprudencia es la de la aplicación extensiva de los artículos 1783 y 1784. Se ha planteado si es posible su aplicación a establecimientos distintos de los hoteles, en los que se produce la misma o similar afluencia de público, y es idéntico o parecido el riesgo de desaparición de las pertenencias de los clientes, visitantes o asistentes. La lista de locales para los que se puede plantear el problema puede ser muy larga, pues basta con pensar en los de recreo o esparcimiento, como ha sido lo usual, a los que se podría añadir otro tipo de establecimientos, como, por ejemplo, los hospitales¹¹³. Ante esa diversidad, lo único que pretendemos en estas líneas es trazar las líneas básicas de solución del tema, pues el análisis pormenorizado del mismo requeriría examinar la concreta normativa sobre cada tipo de local.

Otros Códigos, como el italiano, han solucionado expresamente esta cuestión, disponiendo la aplicación de la normativa sobre responsabilidad de los hoteleros a establecimientos similares, y citando en concreto los hospitales, los locales de espectáculos públicos, los balnearios, las pensiones, los restaurantes y cochescama (art. 1786). En España, ante la ausencia de norma parecida, la doctrina suele enfrentar, básicamente, dos argumentos contrapuestos al abordar este tema. Uno es el del carácter excepcional de la responsabilidad que se regula en los artículos 1783 y 1784. Frente al mismo, se hallaría el propio fundamento de estas normas, que permitiría su aplicación siempre que se trate de establecimientos con libre afluencia de público, en los que el cliente no puede con-

¹¹¹ Como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual...», p. 832, siempre que hay un incumplimiento contractual, el acreedor sufre un disgusto, una intranquilidad y una ansiedad, puesto que tenía unas expectativas claras que son frustradas por el comportamiento del deudor. Pero, sigue esta autora, si se identifica el daño moral con el mero dolor o ansiedad por la frustración de las expectativas, todo incumplimiento contractual generaría este tipo de daño y la reparación sería prácticamente automática.

¹¹² GÓMEZ CALLE, «El contrato de viaje combinado», Madrid, 1998, p. 250; RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual...», p. 844, e «Indemnización del daño moral contractual...», pp. 284-285.

¹¹³ MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 168, se refiere de manera particular al caso de los hospitales.

trolar en todo momento sus pertenencias. Nosotros pensamos que este último argumento debe ser el determinante, pues la situación que dichas normas contemplan puede concurrir en locales distintos a los hoteles, y creemos que, más que el tipo de establecimiento, es el riesgo de sustracción el objetivo de la regulación; a ello se añadiría que en líneas anteriores hemos rechazado que la responsabilidad del hotelero sea agravada y, por eso, excepcional. Por tanto, la posible solución del problema pasa, de acuerdo con las ideas expuestas a lo largo de este trabajo, por distinguir no tanto el tipo de local o establecimiento, sino más bien si se da una de estas dos situaciones: *a*) concurre el peligro de desaparición de los efectos de los clientes (tratándose entonces de una responsabilidad objetiva por riesgo propio del empresario, similar a la prevista en los artículos 1783 y 1784), *b*) se ha pactado una obligación de custodia especial, tratando de evitar aquel peligro, mediante la entrega al profesional de determinados objetos (hallándonos entonces ante una responsabilidad contractual regulada por las normas generales). Todo ello con un matiz, que se añadirá si el tipo de establecimiento, la naturaleza del contrato y las circunstancias de caso lo hacen aconsejable, consistente en atender al principio de equivalencia de las prestaciones y en no imponer a una de las partes obligaciones o deberes excesivos en relación con los de la otra, lo que puede venir determinado, en ocasiones, por los usos.

Así pues, los artículos 1783 y 1784 no se aplicarán a guardarropas de otros locales, como restaurantes, salas de fiestas, etc., porque en ese caso estamos ante un depósito voluntario¹¹⁴, que cabría equiparar a la entrega de objetos para su custodia en la caja fuerte central del hotel. Si para este último supuesto hemos descartado la aplicación de los artículos 1783 y 1784, por no concurrir el riesgo inherente al carácter público del establecimiento, tampoco puede postularse para la entrega de objetos (abrigo, bolsos, etc.) en el servicio de guardarropa de otros locales, puesto que también en este caso las partes han tratado de excluir el peligro de sustracción de sus pertenencias, adoptando ciertas precauciones al efecto. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 5 de septiembre de 1994 (AC 1994/1503), aplicó los artículos 1783 y 1784 a un caso de entrega de las pertenencias para su custodia particular: los demandantes, que regresaban de un viaje y fueron a comer al Casino, dejaron su equipaje a cargo del botones o encargado del servicio de conserjería; la Audiencia aprecia una clara

¹¹⁴ Así, Díez Soto, *ob. cit.*, p. 139, considera verdaderos depósitos los supuestos de entrega de prendas en guardarropas y, en general, los casos de hostelería con servicio específico de custodia.

similitud del supuesto enjuiciado con el contemplado en los artículos mencionados, por lo que considera que procede su aplicación analógica. Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2000 (AC 2000/1660), en relación con la pérdida de un abrigo entregado en el guardarropa de una discoteca, se muestra confusa en este punto, pues si bien sostiene, por una parte, que la relación jurídica que ligó a las partes en litigio fue la de depósito (art. 1758) y condena a indemnizar con base en los artículos 1101 y 1108, también mantiene, por otra parte, que el contrato se podría calificar incluso como depósito necesario (art. 1783), equiparando la discoteca a un mesón, y haciendo responsable de la pérdida del abrigo a la sociedad demandada, salvo que ésta acreditase fuerza mayor; y termina alegando que la cuestión resulta indiferente pues la responsabilidad debe ser imputada a la sociedad explotadora de la discoteca con base en el artículo 1183 CC.

A *contrario*, cuando se trate de la pérdida de efectos meramente introducidos en el local, sin adoptarse ninguna medida de seguridad especial mediante un depósito *ad hoc*, cabe postular la aplicación de los artículos 1783 y 1784, por constituir estos hechos el supuesto de dichas normas. Así lo entiende la mayoría de la doctrina, considerando que se trataría de la responsabilidad por riesgo que disponen esos preceptos¹¹⁵. Y así lo consideró también la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de septiembre de 2001 (JUR 2001/313307) a propósito de la desaparición del abrigo de visión de una invitada al banquete nupcial que tenía lugar en determinado establecimiento: la demandante dejó el abrigo en unos percheros habilitados al efecto, pues no existía en el local un servicio especial de guardarropa, por indicación de los empleados, y el

¹¹⁵ BONET CORREA, pp. 39-40, mantiene que el régimen del Código Civil se aplica a todos aquellos locales que ejerzan una industria al público, por una razón de analogía y por otras referentes al riesgo profesional de la industria, al ofrecerse tácitamente por el empresario porta-objetos y guardarropas dentro del local; entonces, explica, el propietario del café o local es responsable de la custodia de los objetos, puesto que el uso del local por parte de los clientes casi no se concibe sin la posibilidad de despojarse de los propios indumentos.

JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 519, se muestra partidario de extender el régimen legal a todos aquellos casos en que, con arreglo a buena fe, el pleno disfrute de la prestación principal deba comprender la prestación accesoria de garantía o custodia por parte del titular del establecimiento público en que aquella se presta. Este autor establece, además, los siguientes principios generales para la aplicación extensiva del régimen de los hoteleros: 1) que se trate de una actividad debitoria principal organizada en forma empresarial o profesional; 2) que esa actividad comporte la asistencia y circulación de público en el establecimiento o lugar en que se presta; 3) que la naturaleza de la prestación sea tal que suponga para el cliente la necesidad de descuidar o la dificultad para custodiar cosas introducidas por necesidad o costumbre en el establecimiento, unido a la mayor facilidad del deudor-empresario para tal custodia.

Exponen diferentes opiniones doctrinales DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 143, y MARTÍN SANTISTEBAN, *ob. cit.*, p. 167, mas parece que se decantan por la aplicación extensiva de los artículos 1783 y 1784 siempre que se trate de establecimientos abiertos al público

tribunal estima la responsabilidad del titular del establecimiento aplicando, sin más, los artículos 1783 y 1784, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1989. (RJ 1989/5598).

Sin embargo, la sentencia de 23 de mayo de 2003 (JUR 2003/268094) de la Audiencia Provincial de Asturias sostuvo lo contrario, al enjuiciar un caso de sustracción de un abrigo de piel colocado, por indicación de un camarero, en una silla (por hallarse totalmente ocupado el perchero) de una dependencia contigua al comedor del hotel al que acudió a cenar la demandante. La Audiencia considera acertadamente que no existió un depósito voluntario, por cuanto no hubo propiamente entrega del abrigo, sino una mera indicación de un empleado del hotel del lugar donde podía dejarlo durante la cena; «otra cosa sería si hubiese existido un servicio de guardarropa, como el que en ocasiones se establece, por el que un empleado se hace cargo de las prendas entregando al depositario una suerte de recibo, normalmente con un número, que presentado con posterioridad servirá para la restitución de la prenda». No existiendo depósito voluntario, la cuestión es, sigue la Audiencia, si los hechos pueden subsumirse en los artículos 1783 y 1784, y la respuesta debe ser negativa, «por cuanto en la citada regulación subyace una razón de necesidad que no concurre en el caso de autos». Según el tribunal, dichos preceptos sólo son aplicables a los viajeros, porque sólo en ellos concurre la razón de necesidad que es fundamento de la norma, pues son los únicos que por fuerza han de dejar sus efectos en el lugar donde se alojan; por eso, la responsabilidad de los hoteleros aparece normalmente ligada al contrato de hospedaje. «Lo que sí resulta tanto de la letra como del espíritu de la Ley es que el depositario debe encontrarse en una situación de necesidad análoga a aquella en la que se encuentra el viajero. Por ello algún comentarista de principios de siglo pasado (*Enciclopedia Jurídica Española*, tomo 10.º, página 814) ya decía que no alcanza la responsabilidad por este concepto a los dueños de cafés, restaurantes, billares, casinos, teatros y toda clase de centros de recreo por los abrigos, etc., que se dejen en los vestuarios, pues ninguna necesidad tienen los asistentes de utilizar estas dependencias». Trasladada la anterior doctrina al caso de autos, termina la Audiencia, las pretensiones de la actora no pueden prosperar, por cuanto ni ostenta la condición de viajera, ni se encuentra en situación similar a la del viajero, ni existe contrato de hospedaje; antes al contrario, la demandante acude a una cena en su lugar de residencia, que se celebra en un hotel que no presta servicio de guardarropa, y por más que le fuera indicado por un empleado del hotel que dejara el abrigo en la dependencia en cuestión, la demandada no estaba obligada a proporcionar un lugar para los abrigos, ni la actora

tenía necesidad alguna, si no se quiere equiparar ésta a la mera incomodidad, de dejar ahí el suyo. En fin, concluye la sentencia, no cabe hacer responsable al hotel de la pérdida o sustracción de la prenda.

No podemos compartir la doctrina de esta sentencia, por cuanto también podría tratarse de mera incomodidad, y no tanto de necesidad, el que los clientes de los hoteles tengan que llevar consigo ciertos objetos (por ejemplo, el dinero, las joyas, cámaras fotográficas, etc.); además, la misma necesidad concurre cuando se trata de viajeros, respecto de los efectos indispensables para viajar, que cuanto se trata de personas que utilizan establecimientos abiertos al público en su lugar de residencia, en relación con sus prendas de vestir o los complementos habituales, prácticamente indispensables también (por ejemplo, el abrigo, el bolso o la cartera). Por otra parte, creemos que el fundamento del régimen de responsabilidad contenido en los artículos 1783 y 1784 no se halla tanto en el carácter necesario del depósito, sino en el carácter público del establecimiento y de la actividad que se presta en el mismo, propicio para el continuo trasiego de personas y para el consiguiente peligro de sustracción de las pertenencias de los clientes. La existencia de un depósito necesario, esto es, la introducción de sus efectos por los clientes, que los dejan en el interior del establecimiento, forma parte del supuesto de hecho normativo, y la *ratio* de las normas se halla en el riesgo de desaparición de los efectos de los clientes.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2002 (AC 2002/2048) tampoco consideró aplicables los artículos 1783 y 1784 a un caso de sustracción del bolso de la clientela de un restaurante, considerando determinante en dichos preceptos el «dato de cierta permanencia temporal», que, por ello, imponga la obligación de vigilar y atender viajeros y equipajes. El tribunal estima que difícilmente pueden resultar de aplicación aquellas normas, atendida la naturaleza del establecimiento, la colocación de la actora (en la barra del restaurante, consumiendo ciertos productos, con el bolso colgado en uno de los ganchos de la barra a la altura de sus rodillas, de forma que no salió de su ámbito de disposición o posesión), sin que los dependientes pudieran adoptar medida alguna para evitar el evento (por no estar a su vista, ni constar que se pusiera en su conocimiento la colocación en el gancho), «sin que proceda la imposición de deberes sobredimensionados en relación a la auténtica naturaleza y finalidad del contrato que vinculaba a las partes, máxime cuando se trata de un local con un flujo constante de personas, sin ese elemento de permanencia, que precisamente imponía un especial deber de diligencia».

En esta sentencia se pueden encontrar algunos argumentos plausibles, pero también otros rechazables. Así, no se puede aceptar que la nota de la permanencia temporal sea determinante para la aplicación de los artículos 1783 y 1784, porque estos preceptos se refieren a los efectos «introducidos», y, sobre todo, porque con base en dichas normas se ha afirmado la responsabilidad del hotelero incluso antes de contratarse el hospedaje, desde el momento mismo en el que el posible cliente entra en el establecimiento, supuesto que carece obviamente de aquel elemento de permanencia. Sin embargo, nos parece acertada la idea de excluir deberes sobredimensionados para una de las partes, atendida la naturaleza y finalidad del contrato; es más, la naturaleza y finalidad del contrato, junto con el tipo de establecimiento y las circunstancias del caso, pueden determinar que no exista un deber de custodia, ni siquiera accesorio o secundario, sobre las pertenencias del numeroso público que entra en el local. Ya vimos que los usos en el sector de que se trate (hoteles, restaurantes, bares o cafeterías, etc.) son determinantes en el establecimiento de obligaciones en este ámbito, y es forzoso reconocer que no son iguales los usos en relación con un hotel, que los usos respecto a un bar en el que el trasiego de público es todavía más incontrolable.

VII. UN SUPUESTO ESPECIAL: LA SUSTRACCIÓN DEL VEHÍCULO O DE LOS EFECTOS CONTENIDOS EN ÉL

Mención especial merece un supuesto particular, por las peculiaridades que presenta, como es el del robo del vehículo o de las pertenencias que los viajeros dejan en el interior del mismo. En principio, el garaje del hotel no es sino una dependencia del establecimiento, por lo que parece que la sustracción del coche o de los objetos dejados dentro debería recibir el mismo tratamiento que la desaparición de efectos que se hallaban en las habitaciones o espacios comunes del hotel. Sin embargo, las peculiaridades de las situaciones que pueden presentarse requiere distinguir tres grupos de casos, en una clasificación paralela a la que se ha trazado en este trabajo, separando los supuestos de estacionamiento en el aparcamiento vigilado o cerrado del hotel (equiparables a los de custodia en caja fuerte), de los de estacionamiento en el recinto abierto del establecimiento (reconducibles a los de mera introducción de obje-

tos en dependencias comunes)¹¹⁶, y los de robo de los objetos que se hallaban en el interior del vehículo (tercer grupo al que habrá que aplicar también la anterior distinción, atendiendo al lugar en que el coche estuviera aparcado).

Con anterioridad a la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, sobre protección de los consumidores y usuarios, era evidente que al estacionamiento del automóvil en el aparcamiento del hotel no resultaba aplicable la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, cuyo artículo 2.b) excluía de su ámbito de aplicación los estacionamientos que se realicen en locales o recintos dependientes o accesorios de otras instalaciones, o que sean gratuitos. Si bien el aparcamiento en el correspondiente recinto del hotel suele ser oneroso, por lo que no quedaba excluido de la aplicación de esta ley por esa causa, está claro que el local es accesorio o dependiente del establecimiento hotelero, lo que impedía la aplicación de la Ley de 2002. Era, por tanto, un problema a resolver de acuerdo con los artículos 1783 y 1784, únicos que en nuestro ordenamiento se referían a la responsabilidad del hotelero por la sustracción de las pertenencias introducidas en el establecimiento por el cliente.

Ahora bien, la citada Ley 44/2006 de protección de los consumidores y usuarios ha introducido una reforma en el ámbito de aplicación de la Ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, con el fin de ampliarlo y extenderlo a todas las actividades de estacionamiento realizadas en el marco de una actividad empresarial o profesional, según se explica en la Exposición de Motivos. Con este objetivo ha modificado el apartado b) del artículo 2 de la Ley 40/2002, de manera que quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los estacionamientos no retribuidos directa o indirectamente, pero ha suprimido la exclusión de aquellos estacionamientos en locales o recintos dependientes o accesorios de otras instalaciones. Por consiguiente, de acuerdo con la finalidad descrita, y teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación se quiere extender a actividades de estacionamiento «en el marco de», y no «como», una actividad empresarial o profesional, la conclusión no puede ser otra que la inclusión de los aparcamientos de los hoteles en el ámbito de aplicación de la Ley de 2002. No obstante, todavía queda una vía para escapar a esta aplicación, consistente en no cobrar retribución alguna por el estacionamiento, ni directa (cobrándolo de manera independiente), ni indirectamente (repercutiendo su precio en la tarifa global del hospedaje). Por

¹¹⁶ También traza esta distinción JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 510.

medio de la misma se evitará la sujeción a la Ley de 2002 de algunos estacionamientos en recintos dependientes de otras instalaciones, puestos a disposición de los clientes para su mayor comodidad. Con lo cual, parece que quedará a elección del empresario o profesional la aplicación de la Ley sobre el aparcamiento, cobrando o no. En el sector hotelero hay que tener en cuenta que existen normas de índole administrativa que obligan a los establecimientos de cierta categoría a contar con un aparcamiento entre sus instalaciones, de manera que, si necesariamente han de contar con un local al efecto, todavía les queda la posibilidad de decidir si su utilización será gratuita o no y si quedan sometidos al régimen de la Ley especial o no.

El dato que decide la aplicación del Código Civil o de la Ley sobre el contrato de aparcamiento es, pues, como decimos, la onerosidad del contrato, pero, si se analiza detenidamente, ello no tiene tanta trascendencia práctica como a simple vista pudiera parecer, pues no son tan lejanos y diferentes los regímenes derivados de cada una de esas normativas. En efecto, en ambos casos el empresario responde por el robo del vehículo y por los objetos depositados en el servicio especial de custodia, y deja de responder cuando, desobedeciendo las advertencias del titular del establecimiento, el cliente no entrega en ese servicio los objetos que después son sustraídos [art. 3.1.c) y artículo 3.2 de la Ley reguladora del aparcamiento, y normas del contrato de depósito del Código Civil]¹¹⁷. En este sentido, en la sentencia de 18 de julio de 2006 (JUR 2006/52038) la Audiencia Provincial de Tarragona, aunque descartaba la aplicación de la Ley de 14 de noviembre de 2002 al caso, dada la exclusión de su artículo 2.b), afirmaba la posibilidad de valorarla en supuestos análogos, «concretamente respecto de los hoteleros, en el aparcamiento accesorio al hospedaje, porque la responsabilidad del titular del hotel, que presta servicio de aparcamiento como accesorio del hospedaje, no puede ser más amplia que la establecida para este negocio, y, además, coincide sustancialmente con la regulación específica del artículo 1783 CC que les impone la responsabilidad siempre que medie conocimiento de los efectos introducidos en el hotel y observancia de las prevenciones dadas sobre cuidado y vigilancia».

No obstante, alguna diferencia se puede apreciar entre ambos regímenes, consistiendo la principal en la diversa imputabilidad del daño al empresario, que es objetiva en la Ley de 2002 y sería sub-

¹¹⁷ Aunque para componentes, accesorios y otros objetos se han establecido reglas que colocan al usuario en peor situación que la que le venían reconociendo las Audiencias Provinciales. *Vid.* GOMÉZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir...».

jetiva en el régimen del Código Civil, de acuerdo con las normas generales sobre responsabilidad contractual, aplicables en los casos de depósito voluntario. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la elevación del nivel de diligencia exigible a los profesionales reduce considerablemente la prueba de la diligencia, consiguiéndose un alto grado de objetivación de la responsabilidad, se puede concluir que no hay tanta distancia entre el régimen de la Ley especial y el aplicable al empresario o profesional según el Código Civil (art. 1104); en ambos casos, el titular del establecimiento responde porque se le atribuyen los riesgos propios de la actividad profesional que desarrolla¹¹⁸. Otra diferencia es que en la Ley reguladora del aparcamiento de vehículos no se establecen preceptos diversos por el valor de los objetos, como resulta de la combinación del Código Civil con la Orden Ministerial de 1968 en el sector hotelero, sino por la separabilidad de las cosas respecto del coche. Y, finalmente, constituye rasgo distintivo de la Ley 40/2002 una regulación más detallada sobre las obligaciones de las partes y consiguiente responsabilidad que la contenida en el Código Civil¹¹⁹.

El aparcamiento en el recinto destinado al efecto aparece como inevitable en el sector hotelero. La introducción del automóvil en el aparcamiento por los clientes es necesaria como presupuesto de la responsabilidad del fondista, y los huéspedes pueden verse conminados a ello, a la vista de las advertencias (que el hotelero ha de realizar) sobre la ausencia de responsabilidad si los objetos de valor no son entregados para su custodia. No se puede perder de vista que se trata de un aparcamiento accesorio de otras instalaciones, las del hotel, de manera que hay que atender a lo que en este ámbito se dispone para las pertenencias de los clientes.

Nos parece que el automóvil o la moto del cliente puede ser considerado uno de esos objetos valiosos de los que el hotel no responde si no se observan las prevenciones realizadas a los clien-

¹¹⁸ Al respecto, véase *supra*, III. 2.

¹¹⁹ GARCÍA CANTERO, «El contrato de aparcamiento (notas de urgencia sobre una Proposición de Ley)», *AC*, 2000-5, LXII, p. 1481; CORDERO CUTILLAS, «Comentario a la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *AC*, 2003, núm. 22, XXXIV, p. 561; GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos (Ley 40/2002, de 14 de noviembre)*, Granada, 2003; LÓPEZ BARBA, «Consideraciones sobre la nueva Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *RdP*, 2003, núm. 10, p. 101; MARTÍ SÁNCHEZ, «Algunos aspectos del contrato de aparcamiento (examen urgente de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre)», *La Ley*, 2003-1, D-37, p. 1663; MARTÍN SANTISTEBAN, «Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *RdP*, 2003, núm. 10, p. 95; DÍAZ GÓMEZ, «Comentario breve a la Ley reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *AC*, 2004-1, p. 1109; GÓMEZ CALLE, «La extensión de la obligación de restituir...», *cit.*; HERRADA ROMERO, «El contrato de garaje y la Ley 40/2002, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos», *RDP*, 2004, núm. 88, p. 3.

tes, y, en consecuencia, no se observa una precaución especial respecto a los mismos ¹²⁰. Ciertamente, las circunstancias del caso pueden arrojar otra conclusión, pero en principio ¿puede dudarse del superior valor de un automóvil o de una moto, en comparación con el del dinero o concretas joyas que el huésped pueda llevar al hotel? ¹²¹ Si las leyes (tanto el Código Civil y la Orden Ministerial de 1968, como la reciente Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos), distribuyen los riesgos entre las partes, y exoneran al empresario de responsabilidad por la desaparición de objetos de valor que no le hayan sido entregados para su custodia especial, este régimen ha de hacerse extensivo a todo aquello que pueda considerarse especialmente valioso. Por tanto, contando el establecimiento con un aparcamiento vigilado, en él debería introducirse el vehículo; puesto que es obvio que el coche o moto no pueden introducirse en una caja fuerte para su custodia directa, a dicho dispositivo debe equipararse el aparcamiento vigilado del hotel, al que sólo es posible acceder mediante mecanismos automáticos y del que sólo es posible salir con el ticket correspondiente ¹²², estando, además, vigilado o gestionado por empleados al efecto.

Habiendo adoptado el cliente estas precauciones, el hotel responde, y lo hace con arreglo a normas distintas en función de la gratuidad u onerosidad del servicio. Si el cliente queda obligado a pagar cierta retribución, directa o indirectamente, se aplicaría la Ley reguladora del aparcamiento de vehículos, cuyos preceptos han tratado de distribuir los riesgos entre las partes, en atención a la masificación en la contratación de aparcamientos. Si el estacionamiento fuera gratuito, ante la ausencia de una de las notas características del contrato de aparcamiento en la Ley de 2002, podríamos entender, en armonía con la construcción de la responsabilidad del

¹²⁰ En el mismo sentido, FERRER TAPIA, *ob. cit.*, p. 214, quien sostiene que los vehículos son uno de esos objetos de valor a los que se refiere el artículo 78 de la Orden Ministerial de 1968.

Distinta es la opinión de NAVARRETE, p. 276, que separa el supuesto del automóvil depositado en el garaje del hotel del caso de las alhajas, dinero o valores especialmente custodiados, y de BARRERA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 242 y 246, quien considera que el vehículo debe recibir el mismo tratamiento que los efectos comunes de valor ordinario que los huéspedes traen consigo al hotel, y que el parking o garaje deben ser considerados una dependencia más del negocio; por tanto, si el coche se encuentra en el interior del local, el fondista responde en los términos de los artículos 1783 y 1784.

¹²¹ Así, en el caso de la STS de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/390) el Alto Tribunal entendió que el valor venal del vehículo era de 11.386.928 pesetas. La AP de Baleares en la sentencia de 4 de diciembre de 2004 (JUR 2004/77789) partía de que el valor venal de la moto era de 12.660 euros, más 578 euros de extras y equipamientos.

¹²² El artículo 3.1.b) de la Ley 40/2002, reformado por la Ley 44/2006, se refiere a los requisitos del resguardo o justificante de aparcamiento que el titular del establecimiento ha de entregar.

hotelero defendida en este trabajo, que el mismo responde de la misma manera que lo hace para el supuesto de objetos entregados para su custodia en cajas fuertes, a cuyo régimen nos remitimos. Nos hallaríamos ante un contrato de depósito voluntario¹²³, celebrado, bien mediante dispositivos automáticos (art. 1262.2 CC) si el cliente introduce directamente el automóvil en el aparcamiento obteniendo el correspondiente resguardo de determinada máquina al efecto, bien verbalmente si el huésped lo concierta con los empleados en cuestión.

En el caso de la sentencia de 1 de febrero de 1994 (RJ 1994/854), acerca de la sustracción de un automóvil del aparcamiento vigilado del hotel, el Tribunal Supremo mantiene la tesis de la «unidad de la culpa civil», según la cual en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento, la originada en un contrato y, a la vez, en un ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar por exigir responsabilidad contractual o extracontractual¹²⁴. Esta misma doctrina es aplicada en la posterior sentencia de 8 de abril de 1999 (RJ 1999/390), también en relación con la desaparición del vehículo de la zona de aparcamiento específica del hotel. Ya se argumentó anteriormente, en el epígrafe correspondiente, acerca del carácter contractual de la responsabilidad del titular de un establecimiento hotelero por la desaparición de las pertenencias de los huéspedes. Ahora sólo cabe insistir en la exclusiva naturaleza contractual de la responsabilidad del hotelero en este caso, habiéndose pactado el estacionamiento en un aparcamiento vigilado del hotel. No se trata ya del incumplimiento de una genérica o accesoria obligación de custodia, integrada en el contrato de hospedaje mediante el artículo 1258 CC, sino del incumplimiento de la obligación principal, la de custodia directa, de un contrato de depósito agregado al de hospedaje o de un contrato de aparcamiento sometido a la Ley especial (art. 1 de la Ley 40/2002)¹²⁵. Y este depósito voluntario es el pre-

¹²³ Según Díez SOTO, *ob. cit.*, p. 140, hay contrato de depósito propiamente dicho en el caso de que el establecimiento disponga de garaje o aparcamiento vigilado propio para la custodia de los vehículos de los clientes. (Sobre el contrato de garaje y el contrato de aparcamiento, pp. 104-121 y 136-139)

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El contrato de aparcamiento*, Pamplona, 2000; HERRADA ROMERO, *El contrato de garaje*, Madrid, 2001.

¹²⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/77789) condenó a la propietaria explotadora del hotel por la desaparición de una moto aparcada en el estacionamiento del mismo, pero la resolución se centra en las cuestiones de prueba de la preexistencia y la cantidad a indemnizar.

¹²⁵ FERRER TAPIA, *ob. cit.*, p. 217, también defiende la naturaleza contractual de la responsabilidad del hotelero por la sustracción del coche en los supuestos de aparcamientos de superficie: si el propietario o usuario del automóvil es cliente del hotel, existe una relación contractual que implica obligaciones accesorias (como la de proporcionar un lugar donde estacionar los vehículos), o una obligación de custodiar y vigilar cuando existe un contrato de aparcamiento en una zona destinada al efecto; si el propietario o usuario del

supuesto inexcusable de la responsabilidad del fondista, sea cual sea la normativa por la que se regule, pues la necesidad de cumplir las advertencias de los hoteleros se ha de hacer extensiva a automóviles o motos, equiparando éstos al dinero, joyas u objetos valiosos a los que se refiere la Orden Ministerial de 1968 para disponer que el hotel no responde si no se custodian en cajas fuertes.

Un supuesto híbrido puede presentarse cuando se roba el automóvil por haber sido sustraídas las llaves del mismo y el resguardo del aparcamiento, que el cliente había dejado en la habitación del hotel. Pero parece indudable la responsabilidad del titular del establecimiento en estos casos por dos tipos de razones: la primera, porque si ya el huésped contrató una custodia especial del vehículo, introduciéndolo en un local al efecto, el hotelero responde conforme al Código Civil o de acuerdo con la Ley reguladora del aparcamiento de vehículos, como se ha explicado; la segunda, porque el fondista responde de manera objetiva por la

automóvil no es cliente del hotel, aunque no hay contrato accesorio derivado del de hospedaje, hay un contrato de aparcamiento.

Pero esta autora llega más allá y sostiene la responsabilidad del establecimiento hotelero incluso cuando la sustracción del vehículo tiene lugar en la vía pública, sin ser ésta un espacio acotado por el hotel, sino simplemente aprovechado por el mismo. La responsabilidad del titular del hotel se basaría, según esta autora, en la relación contractual con el cliente o, si el perjudicado no es cliente, en la apariencia de vigilancia que las medidas adoptadas puedan, en su caso, producir. A nosotros nos parece excesivo extender la responsabilidad del hotelero en esta medida, comprendiendo la sustracción en la calzada o espacio público, puesto que, por un lado, la que le impone el Código Civil es por los efectos «introducidos» en su establecimiento, dependencias o instalaciones, y, por otro lado, aunque se pretenda agravar u objetivar la responsabilidad del fondista, no parece adecuado hacerlo hasta el punto de comprender los riesgos generales de la vida. Otra cosa (pues Ferrer Tapia insiste en que la responsabilidad del titular del establecimiento puede depender de la configuración de las instalaciones y de las características fácticas de la zona) es que realmente se hayan adoptado medidas de seguridad (existencia de vigilantes, control de acceso mediante barras de seguridad o tarjetas, instalación de cámaras de vídeo, etc.) que hagan presuponer al usuario del automóvil haber celebrado algún contrato (aparcamiento, depósito...), pero entonces estaríamos en el supuesto de responsabilidad del hotelero por desaparición del coche en sus instalaciones o recintos. De manera que una de dos: o es este último caso, sustracción de los objetos introducidos en las dependencias del hotel (aunque el hotel haya incumplido la normativa administrativa para su instalación u organización), para lo que sería útil aplicar la distinción trazada en las líneas anteriores, o es sustracción del vehículo en la vía pública, a la que no cabe hacer extensivos los artículos 1783 y 1784 CC. Ya ROCA JUAN, *ob. cit.*, p. 306, sostuvo que la responsabilidad de los hoteleros requiere que se trate de garajes propiedad del hotel o que el hotel ponga a disposición de los viajeros, y no basta con una mera indicación de la existencia de un garaje donde se pueda depositar el vehículo. (Algo parecido, distinguiendo aparcamientos exteriores y garajes de los hoteles, han mantenido RODRÍGUEZ BUJÁN, *ob. cit.*, p. 156, y JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 510).

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *ob. cit.*, pp. 35 y 36, también es partidaria de la limitación que nosotros defendemos, y así entiende que los artículos 1783 y 1784 CC no son aplicables al supuesto de estacionamiento del vehículo en el aparcamiento del hotel, caso más próximo al depósito voluntario que al necesario. Y además, sigue la autora, es importante tener en cuenta el recinto en el que se deja el automóvil: si es abierto y de acceso libre, el hotelero no responde por los automóviles allí ubicados; en cambio, sí es responsable si se trata de un recinto cerrado, con acceso controlado.

desaparición de los objetos introducidos en las habitaciones, ya que éste es un caso de responsabilidad por riesgo. Argumentar en contra de la responsabilidad del hotelero en este caso supondría exigir al cliente que, además de depositar el coche o moto en el aparcamiento vigilado del hotel, lleve siempre consigo las llaves y resguardos correspondientes. Quizá ésta sea una precaución que las personas más precavidas adoptan, pero creemos que la contratación de una custodia especial implica por sí misma la responsabilidad del depositario, sin requerirse además ulteriores exigencias al depositante.

El caso que se acaba de plantear es el que se resolvió en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2 de junio de 2004 (AC 2004/1082): sustracción de los objetos que se hallaban en la habitación, entre los cuales se encontraban las llaves del vehículo estacionado en el aparcamiento y el ticket del mismo, y consiguiente desaparición del coche y de los efectos hallados en su interior. El tribunal considera que «evidentemente el hotelero conocía el depósito en sus instalaciones interiores del automóvil del demandante, por lo que es plenamente aplicable al respecto el artículo 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».

No compartimos la aplicación del artículo 1783 al caso que decide la Audiencia de Sevilla, por cuanto, contratado un depósito voluntario, deja de ser aplicable dicha norma, cuyo supuesto de hecho es el de los objetos meramente introducidos en el hotel. Si el tribunal hubiera aplicado el artículo 1783 a la sustracción de las llaves del vehículo y del ticket, que el cliente simplemente había dejado en la habitación, su decisión hubiera sido más razonable, pero, por el contrario, entiende que ese precepto es «plenamente aplicable» al depósito del automóvil, y que éste es «un objeto más de los introducidos en el establecimiento por el viajero cuando el hotel tiene un servicio de parking». Como se adelantó, no nos parece que el coche o la moto puedan ser considerados «un objeto más», sino que habrían de recibir el mismo tratamiento que el dinero o joyas, cuyo valor puede ser inferior al de aquéllos.

¿Significa lo anterior que, estando las llaves del coche en la habitación del hotel, el titular de éste responde por ser el supuesto de responsabilidad por riesgo que contemplan los artículos 1783

y 1784? El supuesto al que ahora nos referimos sería el del robo del coche que no ha sido estacionado en un local particularmente vigilado o especialmente cerrado, sino en el recinto, acotado pero abierto, sin control de acceso y sin vigilancia, del hotel, tras sustraerse las llaves halladas en la habitación. Según lo que se ha explicado hasta ahora, el hotelero no respondería por la desaparición del coche si éste es considerado un objeto valioso, y no ha sido aparcado en el recinto dispuesto por el hotel para mayor seguridad de los clientes; pero sí respondería por haber sido robadas las llaves en la habitación, pues es el supuesto de responsabilidad por riesgo que contempla el Código Civil. ¿Qué solución cabe para este supuesto? Nos parece que la solución pasa por excluir la responsabilidad del hotelero, quien, al ofrecer medidas adicionales de seguridad, ha de quedar exonerado por la desaparición de las pertenencias de los viajeros que no las acepten, como dispone la normativa acerca de los objetos valiosos. Distinto sería el caso de los establecimientos que no cuenten con un recinto vigilado, resultando robado el coche en sus dependencias, hechos que sí podrían equipararse a los de desaparición de los efectos introducidos en el establecimiento, aplicándose los artículos 1783 y 1784 CC, pues no cabe otra posibilidad.

Para terminar hay que analizar otro supuesto posible, que sería el de la desaparición de los objetos que el cliente deja en el interior del vehículo, sin robarse éste. Debe comenzarse por distinguir si resulta aplicable al caso la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, cuyo artículo 3 regula la responsabilidad del titular del aparcamiento por las cosas que se hallasen en el interior del automóvil, distinguiendo entre componentes y accesorios fijos o extraíbles del vehículo y otro tipo de cosas o efectos introducidos en el mismo por el usuario. A continuación, descartada la aplicación de esta normativa por tratarse de un contrato gratuito y reconducido el caso a los artículos 1783 y 1784 del Código Civil en relación con el artículo 78 de la Orden Ministerial de 1968, debe distinguirse nuevamente si se trata de objetos valiosos o no, pues sabido es que para el dinero, joyas u objetos de valor rige la exigencia de entrega para su custodia en cajas fuertes.

Por tanto, si se trata de cosas de escaso o poco valor, hallándose el automóvil en las dependencias del hotel, ya sea aparcamiento vigilado o no, parece clara la responsabilidad por riesgo del hotelero, en virtud de los artículos 1783 y 1784 CC. En cambio, si se trata de objetos valiosos la cuestión se torna más compleja, porque la obligación de indemnizar del fondista puede depender de la ubicación del vehículo. Así, si el coche se hallaba en el recinto, abierto y

no especialmente vigilado, del hotel, el cliente quedaba obligado a observar los avisos sobre la exoneración de responsabilidad del hotelero si aquellos objetos de valor no se depositan en cajas de seguridad. Sin embargo, si el coche había sido estacionado en el aparcamiento vigilado del establecimiento, pueden surgir dudas sobre la solución aplicable: podría pensarse que, adoptadas ciertas medidas de seguridad por el cliente al depositar su vehículo en un recinto vigilado o cerrado, las mismas no se ciñen al coche mismo, sino que se extienden a lo dejado en su interior, por lo que no es exigible al huésped ninguna cautela o medida adicional; en contra podría entenderse que la custodia directa del automóvil contratada no alcanza a los objetos que se hallen dentro¹²⁶, respecto de los cuales sigue siendo imprescindible observar las prevenciones del hotel acerca de la necesidad de guardarlos en dispositivos especiales. Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por la segunda alternativa¹²⁷, pues parece que la naturaleza y características de cada tipo de objeto requieren medidas de seguridad específicas, y la apropiada para cada clase de objeto será la que ha de observarse, siendo insuficiente la adopción de otras. Esta solución se halla, además, en la línea de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, sobre el contrato de aparcamiento, que exonera de responsabilidad al titular del aparcamiento por los accesorios no fijos y extraíbles, que deberán ser retirados por los usuarios, y que sólo dispone la responsabilidad de aquél por los objetos introducidos en el vehículo por el usuario si el establecimiento cuenta con un servicio especial y se acepta su custodia (debiendo ser declarados por el usuario, que ha de observar las prevenciones y medidas de seguridad que se le indiquen) [art. 3.1.c), párrafo segundo, 3.2 y 4.c)].

La solución que defendemos ha sido aplicada por la Audiencia Provincial de Zaragoza en la sentencia de 10 de julio de 2001 (AC 2001/1084), que decidió un caso de sustracción del abrigo de piel que se hallaba en el interior del coche aparcado en el garaje

¹²⁶ DÍEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 173, entiende que la regla general es que la obligación de custodia del depositario no se extiende a los objetos que se hallen en el interior de la cosa depositada, partiendo del principio de necesaria individualización de la cosa depositada. El depositario sólo responderá por los daños que sufran tales objetos cuando los mismos se hayan causado por el incumplimiento imputable de la obligación de custodiar la cosa depositada, con las limitaciones que impone el artículo 1107. No obstante, termina el autor, la obligación de custodia puede extenderse a esos objetos en dos casos: cuando se trate de accesorios normales y cuando puedan resultar aplicables las normas del depósito cerrado.

¹²⁷ BARRERA PÉREZ, *ob. cit.*, pp. 242 y 246, también sostiene que los objetos valiosos deben entregarse en recepción, y que el hotel queda eximido de responsabilidad si coloca las correspondientes indicaciones acerca de este extremo. No obstante, comparando los artículos 1783 y 1784 CC con lo que dispone el artículo 3.2.b) de la Ley de 2002 de aparcamiento, entiende que se llegaría a la conclusión de que todos los objetos, cualquiera que fuese su valor, deberían depositarse en la caja fuerte de recepción, lo cual, como el propio autor reconoce, es absurdo.

del hotel. Los demandantes contrataron la utilización del garaje, junto con una habitación del hotel, mediante el pago de cierta cantidad (400 pesetas) asignada directamente a ese concepto. El tribunal estimó celebrado un contrato de garaje, que debía enmarcarse en el ámbito de aplicación de la LGDCU de 19 de julio de 1984, y, desde esta perspectiva, invocó cierta doctrina jurisprudencial [STS de 22 de octubre de 1996 (RJ 1996/7238)] que entiende implícita en este tipo de contrato una obligación de custodia, conforme al uso y la buena fe (art. 1258 CC), y un servicio organizado, cuyo incumplimiento o funcionamiento anormal supone la responsabilidad del titular. Sin embargo, a continuación entiende la Audiencia que estos deberes de vigilancia y custodia sólo son aplicables al vehículo y sus componentes, y no a cualquier otro objeto existente en su interior, pues la extensión a éstos puede vulnerar el necesario equilibrio entre las prestaciones y significar la imposición de una responsabilidad excesiva en relación con la naturaleza y finalidad del contrato. Finalmente, el tribunal considera aplicable el artículo 1783, tanto en el caso de incluirse el garaje en el conjunto de prestaciones incluidas en el hospedaje, como en el caso de considerarse una prestación autónoma y diferenciada, y con base en dicho precepto decide que el titular del hotel no responde por la sustracción del abrigo, pues los huéspedes no observaron las advertencias, realizadas mediante anuncios en el garaje, de que el hotel no responde del dinero, joyas u objetos de valor que no sean depositados en recepción.

En algunos Códigos de nuestro entorno se adopta una solución más sencilla, aunque no exenta de problemas, que consiste en disponer la responsabilidad del titular del establecimiento por los objetos dejados en el interior de vehículos estacionados en lugares de uso privativo del hotel, pero limitando la cantidad a indemnizar a cincuenta veces el precio del alojamiento por día (art. 1954 *Code civil*)¹²⁸.

¹²⁸ Sin embargo, el artículo 1785 quinquies *Codice civile* y el parágrafo 701.4 BGB establecen que las normas anteriores sobre la responsabilidad del hotelero no son aplicables a los vehículos ni a las cosas dejadas en el interior de los mismos. RODRÍGUEZ BUJÁN, *ob. cit.*, p. 160, explica las razones de tal exclusión, motivos que nos parecen poco atendibles. Así, una de esas razones era que al no gravarse con una responsabilidad especial a los responsables de aparcamientos y garajes, tampoco había que hacerlo en relación con los hosteleros, argumento poco sostenible hoy, teniendo en cuenta la Ley especial, reguladora del aparcamiento de vehículos, que viene a precisar el régimen de esa responsabilidad. Otra razón es que los huéspedes no carecían de protección, pues la podían obtener contratando un seguro a todo riesgo del automóvil y un seguro de equipajes; motivo que tampoco se puede compartir pues, trasladando la responsabilidad al hotelero también por la sustracción del vehículo, sería éste quien debería contratar dicho seguro.