

El crédito preferente del hotelero

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. ORIGEN HISTORICO Y APOYO LEGISLATIVO ACTUAL DE LA PREFERENCIA ATRIBUIDA AL CREDITO POR HOSPEDAJE.—II. FUNDAMENTO DE DICHA PREFERENCIA.—III. NATURALEZA DE ESTA PREFERENCIA, DEL ESPECIAL DERECHO CONCEDIDO AL HOTELERO.—IV. AMBITO DE APLICACION DE LA PREFERENCIA LEGAL DEL HOTELERO: A) ACREEDOR TITULAR DE LA PREFERENCIA. B) SUJETO PASIVO DE LA MISMA. C) CRÉDITOS PROTEGIDOS. D) OBJETOS SOBRE LOS QUE RECAE LA PREFERENCIA. E) EJERCICIO DE LA PREFERENCIA. F) CONCURRENCIA DE VARIOS DERECHOS PREFERENTES SOBRE UN MISMO OBJETO.—V. TRASCENDENCIA PRACTICA DE ESTA PREFERENCIA.—VI. CONCLUSION.

INTRODUCCION

Como sabemos, la vida económica descansa en una base fundamental, la de que las obligaciones se cumplan, pues no podría haber movimiento económico si los acreedores no tienen seguridad de que sus créditos serán satisfechos; de ahí la necesidad de que todo Ordenamiento jurídico establezca medios para hacer efectiva la seguridad del crédito. Por supuesto, el deudor responde de sus obligaciones con todo su patrimonio, de manera que en caso de impago el acreedor puede exigir ser satisfecho sobre el mismo mediante la venta de los bienes: es la llamada responsabilidad patrimonial universal, cuyos orígenes se remontan al Derecho romano, y que se encuentra recogida en el artículo 1.911 de nuestro Código Civil. Aún así, todos los Ordenamientos han previsto la posible existencia de garantías específicas, que atribuyan una mayor seguridad a créditos concretos, para que su titular se sienta más protegido. Esto es lo que ocurre con relación al crédito de los establecimientos hoteleros: prácticamente todas las legislaciones latinas han intentado asegurarlo de manera especial, y casi todas han optado por hacerlo concediéndole una preferencia de cobro. Es el caso de nuestro Código Civil, que establece en el artículo 1.922, número 5, que

«Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: los (créditos) de hospedaje sobre los muebles del deudor existentes en la posada».

La finalidad de nuestro trabajo es examinar este especial derecho de preferencia. Para ello intentaremos, en primer lugar, determinar la naturaleza jurídica del mismo, analizando si se trata de un verdadero derecho de prenda sobre los objetos introducidos en el establecimiento, de un simple derecho de retención de los mismos, o de uno de los tradicionalmente llamados «privilegios» para cobrar. En segundo lugar, estudiaremos quién es el titular de este derecho al que se protege con la preferencia, cuál es el concreto crédito protegido, sobre qué objetos recae dicha preferencia, y la forma de ejercicio de la misma. Finalmente, nos plantearemos la aplicación práctica de esta preferencia legal, su frecuencia y su éxito; y, a la vista de su escasísima efectividad, propondremos vías alternativas para lograr la seguridad del crédito del establecimiento hotelero, que es lo que en definitiva buscaba el legislador cuando estableció este tipo de garantía.

I. ORIGEN HISTORICO Y APOYO LEGISLATIVO ACTUAL DE LA PREFERENCIA ATRIBUIDA AL REDITO POR HOSPEDAJE

El Derecho Romano (1), por la «justa» desconfianza que inspiraban los hoteleros, agravó notablemente su responsabilidad, creando en su contra una *actio in factum*, e invirtiendo la carga de la prueba. Sin embargo, no se preocupó de asegurarles el pago de sus prestaciones, olvidando el aspecto inverso de la cuestión.

(1) Digesto, 9 . 1 a 7: «Que los navieros, mesoneros y estableros restituyan lo que asumieron bajo su custodia»: «...porque muchas veces es necesario fiarse de ellos y encomendar objetos a su custodia. Y no se piense que este edicto es muy severo con ellos, porque está en su arbitrio el no custodiar nada a nadie; y si no se hubiese establecido así, se daría ocasión para la complicidad con los ladrones... y ni aún con esto se abstienen ciertamente de tales fraudes...». Añaden estos preceptos que responderán de cualesquiera cosas, propias y ajenas, por su conducta y la de sus empleados en su negocio, y aunque el hospedaje fuese gratuito, a manos que se tratase de fuerza mayor (accidente inevitable), o que se hubiese advertido formalmente que no se iba a responder del daño sin protesta del viajero. Digesto, 47 . 5 . 1: «Sobre la acción de hurto contra navieros, mesoneros y estableros»: «...el mesonero responde del acto de aquellos que tiene en su mesón para el servicio del mismo, y también de los que están allí hospedados; pero no del acto de los viajeros, porque no aparece que el mesonero ni el establero pueda elegir ni rechazar al viajero que va de paso, en tanto los hospedados de manera permanente sí que los ha elegido, en cierto modo, al no echarlos, y debe responder por el acto de aquellos...». Como vemos, ya en el Derecho Romano se partía del paralelismo entre el transporte por mar y el hospedaje, paralelismo que se ha mantenido en nuestra legislación hasta la actualidad, como demuestra el artículo 1.601 del Código Civil, que atribuye a los conductores de efectos por tierra o por mar las mismas obligaciones establecidas para los posaderos en cuanto a la responsabilidad por pérdida o deterioro de las cosas que se les confían. También se atisba en dichos preceptos la obligación del hotelero de prestar sus servicios a los viajeros, seguramente por el carácter de público de tales servicios, obligación que en la actualidad está consagrada de manera expresa.

Este mismo criterio fue acogido por las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X «El Sabio», que igualmente hicieron referencia a la especial responsabilidad de los «ostaleros» (2). Recogieron además la obligatoriedad de prestar sus servicios, aunque sólo con relación a los peregrinos o romeros, «que

(2) Partida 5.^a. Tit. 8. Ley 26: «Como los ostaleros, e los aluergadores, e marineros, son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas, e en sus navios, aquellos que ay rescibieren»: *Caualleros, o mercader os, o otros omes que van camino, acaesce muchas vegadas, que han de posar en casa de los ostaleros, e en las tauernas; de manera, que han de dar sus cosas a guardar a aquellos que y fallaren, fiandose en ellos, sin testigos, e sin otro recabdo ninguno; e otrosí los que han a entrar sobre mar, meten sus cosas en las naues en essa misma manera, fiandose en los marineros; e porque en cada una destas maneras de omes acaesce muchas vegadas, que ay algunos que son muy desleales, e fazen muy grandes daños, e maldades, en aquellos que se confían en ellos, porende conuiene, que la su maldad sea refrenada con miedo de pena. Onde mandamos, que todas las cosas que los omes que van camino, por tierra, o por mar, metieren en las casas de los ostaleros, o de los tauerneros, o en los nauios, que andan por mar, o por los rios; aquellas que fueren y metidas, con sabiduría de los señores de los ostales, o de las tauernas, o de las naues, o de aquellos que estouieren y en lugar dellos, que las guarden de guisa que se non pierdan, nin se menoscaben; e si se perdiessen por su negligencia, o por engaño que ellos fiziesen, o por otra su culpa, o si las furtassen algunos de los omes que vienen con ellos; estonce, ellos esrian tenudos de les pechar todo quanto perdiessen, o menoscabassen. Ca guisada cosa es, que pues que fian en ellos los cuerpos, e los aueres, que los guarden lealmente, a todo su poder, de guisa que non resciban mal, nin daño. E lo diximos en esta ley, entiendese de los ostaleros, e de los tauerneros, e de los señores de los nauios, que vsan publicamente a recebir los omes, tomando dellos ostalage, o loguero. E en esta misma manera dezimos que son tenudos de los guardar estos sobredichos, si los resciben por amor, non tomndo dellos ninguna cosa. Fuera ende en casos señalados. El primero es, si ante que lo reciba, le dize, que guarde bien sus cosas que non quiere el ser tenudo de las pechar si se perdieren. El segundo es, si le mostrare, ante que lo rescibiesse, arca, o casa, e le dize: Si aqui queredes estar, meted en esta casa, o en esta arca vuestras cosas; e tomad la llaue della, e guardadlas bien. El tercero es, si se prediessen las cosas por alguna ocasion que auiniesse, assi como fuego que las quemasse, o por auenidas de rios, o si se derribasse la casa, o peligrasse la naue, o se prediessen por Juerga de enemigos. Ca perdiendose las cosas por algunas destas maneras sobredichas, que non auiniesse por engaño, o por culpa dellos, estonce non serian tenudos de las pechar. Partida 7.^a. Tit. 14. Ley 7: «Como aquel que tiene el ostalage en su casa, e los Almoxarifes que guardan al aduana, e los otros que guardan el alfondiga del pan, son tenudos de pechar las cosas que furtan en cada uno destos lugares»: *En su casa, o en su establia, o en su naue, recibiendo un orne a otros, con sus bestias, o con sus cosas, por ostalaje, o por precio que reciba, o aya esperança de auer dellos; si el Ostalero mesmo, o otro qualquier por su mandado, o por su consejo, furtasse alguna cosa a aquellos que assi recibiesse, tenudo es de pechar la cosa furtada a aquel cuya es, con la pena del furto. E si por auentura non la furtasse el, mas algund su orne que estuuiesse con el a soldada, o de otra guisa, tenudo es otrosí el Ostalero de pechar doblada aquella cosa que le furtaron, maguer non fuesse furtada por su mandado, nin por su consejo, porque el es en culpa, teniendo orne malfechor en su casa. Pero si este que fiziesse el furto fuesse sieruo, estonce en escogencia es del señor de desamparar el sieruo en lugar de la cosa furtada, o de la pechar doblada, qual mas quisiere. Mas si lo furtare otro extraño, e el Ostalero non fuesse en culpa del furto, estonce non sería tenudo de la pechar; fueras ende si la ouiesse el recebido en guarda de aquel cuya era, ca estonce tenudo sería de la tornar, o la estimacion. Otrosí dezimosque el Almoxarife es tenudo de**

van de viaje con intención de servir a Dios y ganar el perdón de sus pecados y el Paraíso» (3). Sin embargo, tampoco hacen alusión al pago de sus prestaciones, ni a posibles garantías de dicho pago.

No hemos encontrado otras disposiciones sobre estas materias en el Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, en el Fuero Real de España, en el Fuero Viejo de Castilla, en el Ordenamiento de las Leyes de Alcalá de Henares, en la Nueva Recopilación, ni en el Suplemento de ésta.

Sí, en cambio, en la Novísima Recopilación de las Leyes de España, que contiene ya una regulación más sistemática de las posadas (4). En concreto, la Ley 5 del Título 36 del Libro VII establece la obligación, ya con carácter general, de suministrar a viandantes naturales y extranjeros los mantenimientos necesarios, y por un precio justo.

En cualquier caso, en ninguno de los cuerpos legales citados aparece ninguna garantía para los «ostaleros» del cobro de sus servicios. La única posible referencia al deseo de proteger dicho cobro la hemos encontrado en la Ley 12 del Título XI del Libro X de la Novísima, que, bajo el epígrafe de «*pago privilegiado*», manda que quede derogado el fuero de toda distinción de clases de personas privilegiadas, en todo el Reino,

dar recabdo de toda la mercadería que se mete, e se pone en el aduana. Esso mesmo dezinmos que deue fazer el que guarda el alfondiga del trigo, o de la ceuada, o de la farina, que aduzen ay Arroqueros. E si alguna cosa destas sobredichas fuere furtada, ellos son tenudos de la pechar, por dos razones. La una, porque aquellos que la aduzen, la dexan en su guarda, e en su poder, e en su fieltad. La otra es, porque toman ende su derecho. Regula además la Partida 7.^a, Tít. 15, Ley 26: «Como los hostaleros que tienen colgadas algunas cosas a las puertas, las deuen poner de manera que non fagan daño a otri».

(3) Partida 5.^a, Tít. 8, Ley 27: «Como los ostaleros, e los aluergadores, deuen recibir a los pelegrosos, e guardar a ellos e a sus cosas».

(4) Libro VII, Tít. 36: De las ventas, posadas y mesones. En las 13 leyes que componen este Título se hace especial referencia al deseo de garantizar el buen trato de los pasajeros («camas limpias», «habitaciones cómodas», y «bien abastecidas de paja y cebada para las bestias y de los alimentos necesarios para los viajeros»), y al de asegurar el precio justo de las cosas que se venden y los servicios que se prestan («por la avaricia de los dueños de las posadas y sus arrendatarios o posaderos»); igualmente, se alude a la exención de determinadas alcabalas y otros privilegios que se conceden a ventas, posadas y mesones, a fin de fomentar su existencia. Como curiosidad, podemos recordar que en el Libro III, Tít. XIV, leyes 1 a 24, se regula a los Aposentadores de la Corte, y los criterios que deben seguir para aposentar a las diferentes personas de la misma, incluida la Guardia Real, en los distintos pueblos por donde pasen. También destacaremos que en las leyes 25 y 27 el Título XIX del mismo Libro se establecen reglas que han de observarse en las posadas públicas y secretas de Madrid, por ser sede de la Corte; entre ellas la necesidad de licencia del Alcalde para posadas secretas; la de poner tablilla sobre puerta principal o balcón que diga «posada», para que no se confundan con los demás vecinos; la de dar cuenta de los huéspedes que admiten, indicando su nombre, pueblo del que son naturales, motivo de su venida a la Corte y salida de la posada; o la prohibición de dar albergue en cuadras, cocheras, sótanos o guardillas, ni a pretexto de caridad.

«...para que los artesanos, *menestrales, jornaleros, criados y acreedores alimentarios de comida, posada y otros semejantes, como también los dueños de los alquileres... puedan cobrar los créditos de lo que fiaren executivamente... y sin admitirse inhibición ni declinatoria de fuero... guardando únicamente a la Nobleza las excepciones que señalan las mismas leyes respecto á sus personas, armas y caballo... por quanto abusan las clases distinguidas y gentes acomodadas de su prepotencia para impedir el pago de sus deudas... y burlar la autoridad de los Jueces ordinarios...».*

Parece, por tanto, que en dicha época se quiso ya buscar algún tipo de protección en favor del hotelero.

Con el tiempo, este silencio se consideró un grave error, porque la relación contractual que se formaba entre el hotelero y el cliente no podía fundarse en la confianza personal que ofreciera el alojado.

A este error trató de proveer en Francia la *Coutume de Paris*, que en su artículo 175 establece que

«*Dépenses d'hotelage livrées par hotes à pèlerins ou à leurs chevaux sont privilégiées, et viennent à préférer devant tout autre sur les biens et chevaux hotelés, et les peut retenir jusqu'à paiement, et si aucun autre créancier les voulait enlever, Vhotelier a juste sujet de s'y opposer*».

Así, concede al hotelero una preferencia para cobrar su crédito, preferencia que no existió en Derecho romano ni en las legislaciones europeas posteriores que en él se basaban, e incluso le reconoce un derecho de retención de las caballerías y efectos del viajero hasta el pago de los gastos causados por el hospedaje.

La preferencia pasó de aquí al *Code francés*, en concreto al artículo 2.102, número 5, en cuya virtud

«*Les créances privilégiées sur certains meubles sont: les fournitures d'un aubergiste, sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge*».

De este Código, que no reconoce expresamente al hotelero derecho de retención de tales objetos, pasó luego a las legislaciones europeas posteriores.

En concreto en España aparece por primera vez en el artículo 1.926, número 4 del Proyecto de Código Civil de 1851, como una innovación tomada del derecho francés (5). Dicho precepto establece que

(5) Establece GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Cometa, S.A., Zaragoza, 1974, pág. 283, que este precepto es el número 5 del artículo 2.102 del Código francés, «copiado en todos los Códigos modernos».

«Gozan de privilegio especial sobre los bienes muebles que respectivamente se designan en los números siguientes, los créditos procedentes de: 4. El haber de los posaderos por razón de hospedaje sobre los efectos existentes en la posada».

Hoy, y desde la redacción inicial del Código Civil vigente, esta preferencia se encuentra consagrada en el artículo 1.922.5, de acuerdo con el cual:

«Con relación a determinados bienes muebles del deudor gozan de preferencia: 5. Los créditos de hospedaje sobre los muebles de aquél existentes en la posada».

No concede expresamente el Código Civil al hotelero derecho de retención de tales objetos, para asegurar su preferencia, ni en este precepto ni en ningún otro.

Desde 1885, no obstante, y para un supuesto muy similar, el de los transportes de viajeros por mar, aparece recogida una preferencia análoga, y con expreso derecho de retención para facilitarla, en el Código de Comercio, en concreto en su artículo 704, de acuerdo con el cual

«El Capitán, para cobrar el precio del pasaje y gastos de manutención, podrá retener los efectos pertenecientes al pasajero, y en caso de venta de los mismos gozará de preferencia sobre los demás acreedores, procediéndose en ello como si se tratase del cobro de los fletes».

La preferencia para cobrar del hotelero también aparece en otras legislaciones, como la italiana (6), la alemana (7), la argentina (8), la chile-

(6) Artículo 2.760 del *Codice*: «*I crediti dell' albergatore per mercedi e somministrazioni verso le persone albergate hanno privilegio sulle cose da queste portate nell'albergo e nelle dipendenze e che continuarle a trovarvisi. Il privilegio ha effetto anche in pregiudizio dei terzi che hanno diritti sulle cose stesse, a meno che l'albergatore fosse a conoscenza di tali diritti al tempo in cui le cose sono state portate nell'albergo*».

(7) Aunque en esta legislación aparece derivada de un «derecho de prenda» que expresamente se reconoce al «posadero sobre las cosas introducidas en el establecimiento por el huésped, como garantía de sus créditos derivados del alojamiento y otros servicios facilitados al huésped para satisfacer sus necesidades, incluyendo los gastos», en concreto en el párrafo 704 del BGB alemán. La remisión que dicho párrafo hace a los párrafos 559.3 y 560 a 563 lleva a que dicha prenda se extienda a las cosas no sujetas a embargo, y que se extinga por la salida de las mismas del establecimiento, a menos que dicha salida tenga lugar sin conocimiento o con la oposición del posadero, o como consecuencia de la normal explotación del negocio del cliente, o de acuerdo con las circunstancias normales de la vida, o si las cosas que quedan son notoriamente suficientes para garantizar el pago. En relación a las cosas a cuya salida del establecimiento puede oponerse, se concede al posadero derecho de retención, e incluso de persecución durante un plazo de un mes desde que haya conocido tal sustracción.

(8) Artículo 3.886 del Código Civil: «*El posadero goza del privilegio del locador, bajo las mismas condiciones y excepciones, sobre los efectos introducidos en la posada,*

na (9), o la mejicana (10). No todas ellas reconocen expresamente derecho de retención en su garantía (11). Incluso hay países que, sin reconocer preferencia para cobrar al hotelero, sí le conceden derecho de retención de los objetos del cliente hasta que éste verifique el pago (12).

II. FUNDAMENTO DE DICHA PREFERENCIA

La doctrina española actual entiende que el fundamento de la preferencia que se atribuye al hotelero, que por naturaleza sólo es aplicable en los supuestos de pluralidad de acreedores, podemos encontrarlo en dos argumentos:

En primer lugar, en la especial responsabilidad que se impone al hotelero en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil (13). Si es natural que la

mientras permanezcan en ella, y hasta la concurrencia de lo que se le deba por alojamiento y suministros habituales de los posaderos a los viajeros. El privilegio no comprende los préstamos de dinero, ni se da por obligaciones que no sean las comunes de los viajeros».

(9) Artículo 2.474.1 del Código Civil: reconoce un privilegio «al posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños».

(10) Artículo 2.993.VI del Código Civil: «El crédito por hospedaje será pagado preferentemente con el precio de los muebles del deudor que se encuentren en la casa o establecimiento donde está hospedado».

(11) Sí lo hace el Código Civil mejicano en su artículo 2.669, y el BGB alemán en su parágrafo 704 en relación con el 561, pero no los demás citados.

(12) Es el supuesto, por ejemplo, del Código holandés (en sus arts. 283 a 289, dedicados a regular los créditos preferentes, no establece ninguna preferencia para el hotelero, aunque sí le atribuye derecho de retención en el art. 609.3). Es también el caso del Código Civil portugués (tampoco reconoce ninguna preferencia al hotelero en sus arts. 733 a 753, dedicados a los privilegios crediticios, y en cambio sí le concede derecho de retención sobre las cosas que las personas albergadas hayan llevado a la posada, y sobre sus accesorios, por el crédito de hospedaje). E igualmente del Código suizo de las Obligaciones (el art. 491 le reconoce derecho de retención en garantía de sus créditos). Supuesto distinto es el del Código cubano que, aunque no concede directamente preferencia alguna al hotelero para el cobro de su crédito, sí le atribuye derecho de retención sobre el equipaje y demás pertenencias de los usuarios (art. 442), mientras que en preceptos anteriores establece expresamente que el retentor goza de preferencia en cuanto al bien retenido sobre cualquier otro acreedor (art. 278.3).

(13) «Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento, a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos. La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor». El artículo 1.601 del

tenga, por la confianza que el viajero deposita en él, es lógico que el hotelero goce, como contrapartida, de un derecho especial sobre los bienes de aquél, pues en la mayor parte de los casos no lo conocerá, ni podrá comprobar su solvencia (14).

El estudio de estos preceptos ha dado lugar a una abundantísima bibliografía (15), cuyo examen excede del propósito de nuestras líneas. Tan sólo vamos a destacar dos cuestiones:

mismo Código extiende estas mismas obligaciones a los conductores de efectos por tierra o por agua, sin perjuicio de lo dispuesto respecto al transporte en el Código de Comercio y leyes especiales. En todo caso, destaca NAVARRETE, en «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en la *RDM*, octubre-diciembre de 1958, pág. 274, que resulta curioso que el Código Civil, que no se preocupa para nada de los daños que pueda sufrir el viajero en su persona, se preocupe en cambio, y con preceptos de mucho rigor, de los daños que puedan producirse en su equipaje; recuerda además un suceso ocurrido en Barcelona, de mucha notoriedad, planteándose que si el delincuente se hubiese llevado las maletas del huésped, la Dirección del hotel hubiese tenido que responder de tal hecho, y en cambio cuando lo que se lleva es la vida misma de un hombre, la responsabilidad del establecimiento no está definida en ningún precepto legal.

(14) Esta responsabilidad aparece, excepto en la portuguesa, en todas las legislaciones consultadas (arts. 2.241 a 2.248 del Código chileno, 2.230 a 2.233 del argentino, 609 del holandés), si bien en algunas de ellas se limita su cuantía a un número determinado de veces el precio diario del alojamiento cuando los daños no derivan de culpa del hotelero, y en relación a los objetos que no le fueron entregados expresamente en depósito, a menos que rechazara dicho depósito sin motivo (es el caso de la legislación francesa, arts. 1.952 a 1.954 del Code; y de la italiana, arts. 1.783 a 1.785 del Codice). En otras legislaciones se limita la responsabilidad en los mismos supuestos a una cantidad máxima por viajero (así lo hace el Código suizo de Obligaciones en sus arts. 487 a 491, o el Código mejicano en sus arts. 2.535 a 2.538). La legislación alemana acoge un criterio mixto, y en los parágrafos 701 a 703 del BGB limita la cuantía de la responsabilidad del posadero a cien veces el coste de alojamiento de un día, con un límite máximo de 6.000 marcos, que se reducen a 1.500 tratándose de dinero, títulos y joyas.

(15) Por todos, véase a mi maestro, el profesor LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, T. III «Contratos», Trivium, Madrid, 1998, pág. 349. Podemos destacar también los trabajos de BARCELÓ DOMENECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995; BERMÚDEZ ODRIOZOLA, L., «El seguro turístico», en las // *Jornadas sobre Derecho y Turismo*, Andanzas IV, Fundación Cultural Santa Teresa ed., Avila, 1997, págs. 57 a 66; FELIÚ REY, M. I., «La responsabilidad civil extracontractual del hotelero», en las / *Jornadas sobre Derecho y Turismo, Temas de Derecho Privado*, Andanzas III, Fundación Cultural Santa Teresa ed., Avila, 1995, págs. 91 a 105; JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la sentencia de 27 de enero de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo de 1994, núm. 34, págs. 357 a 377; MARTÍN-GRANIZO, M., «Comentarios a los artículos 1.769, 1.783 y 1.784 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por J. L. Albacar López, T. VI, Trivium, Madrid, 1991; NAVARRETE, A. «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en la *RDM*, octubre-diciembre de 1958, págs. 265 a 281; PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en el *Centenario del Código Civil*, T. II, págs. 1561 a 1591, Ed. Ceura, Madrid, 1990; PASCUAL ESTEVILL, L., «La responsabilidad que se puede contraer por daños causados por las cosas inanimadas que se tienen *ad custodiandum* en circunstancias determinadas», en la *RDP*, 1990, págs. 967 a 982; PASCUAL NIETO, G., «LOS contratos de

1. Parece necesario que el hostelero se dedique de manera habitual o profesional al ejercicio de la industria hostelera, es decir, el carácter de habitualidad o profesionalidad de quien asume esta carga. Por ello no serían de aplicación los artículos 1.783 y 1.784, antes citados, al llamado hospedaje civil (16).

2. No parece que deba existir diferencia entre la responsabilidad contractual del hotelero por la custodia directa, de los objetos especialmente entregados en depósito, y por la custodia indirecta, de los efectos simplemente introducidos por los clientes, a la vista de lo dispuesto en el artículo 78 de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, de clasificación de establecimientos hoteleros (17), que establece en su párrafo primero que

«En todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que a tal efecto sean entregados, bajo recibo, por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro en los supuestos y en las condiciones establecidas en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil».

Este precepto aplica el mismo régimen de imputación de responsabilidad, el de los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil, a ambos supuestos, el de la simple introducción de los efectos y el de la entrega específica para su custodia.

Por tanto, la responsabilidad del establecimiento hotelero, tanto en cuanto a las cosas simplemente introducidas como en cuanto a las cosas especialmen-

espectador y guardarropas en los cinematógrafos», en la *RGD*, 1952, págs. 2 a 11; ROCA JUAN, J., «Comentarios a los artículos 1.769, 1.783 y 1.784 del Código Civil», en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982; RODRÍGUEZ BUJÁN, J., «La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes según el Derecho español y alemán», en la *RGLJ*, 1974, 2, págs. 149 a 169; RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 11 de enero de 1971, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero», en las *Jornadas sobre Derecho y Turismo, Temas de Derecho Privado*, Andanzas III, Fundación Cultural Santa Teresa ed., Avila, 1995, págs. 25 a 43; VICENTE GELLA, F., «Convenciones de no responsabilidad», en la *RCDI*, 1928, págs. 401 a 413, 481 a 496, 561 a 576, 641 a 656 y 721 a 736.

(16) En contra se pronuncia NAVARRETE, *op. cit.*, pág. 276, al entender que donde la ley no distingue no debemos distinguir, y en los preceptos del Código Civil sobre esta cuestión no se distingue.

(17) El artículo 148.1.18 de la Constitución española ha autorizado a las Comunidades Autónomas a asumir competencias en cuanto a la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial, y a la luz de dicho precepto prácticamente todas las Comunidades han dictado ya disposiciones en estas materias. No vamos a hacer referencia a las mismas, sin embargo, porque son de tipo administrativo, y no alteran el régimen general civil de la materia que estudiamos.

te depositadas, será más extensa que la de un depositario normal (18), al responder siempre, salvo fuerza mayor, o bien más reducida, si las prevenciones hechas a los clientes llegan de hecho casi a excluirla.

También debemos resaltar que, en la medida requerida por la buena fe o los usos, de acuerdo con el artículo 1.258 de Código Civil (19), este tipo de depósito expreso puede formar parte también de la prestación debida por el hotelero, de manera que éste sólo por causa justificada podrá negarse a recibir en depósito, para su custodia, efectos de sus clientes (20) (por ejemplo, por su valor desproporcionado, tamaño excesivo, o carecer de las instalaciones adecuadas) (21).

De cualquier manera, que el contrato de depósito sea obligatorio para el establecimiento no quiere decir que deje de ser tal contrato, y de estar sometido a las disposiciones del mismo.

En segundo lugar puede fundamentarse la preferencia del crédito del hotelero en la obligación de contratar que le impone la legislación turística. Debemos recordar aquí que el hospedaje es un contrato obligado para el empresario hostelero, por el carácter de público del servicio que presta, y por encontrarse en una situación de oferta constante al público a través de la explotación con carácter profesional y exteriorizada y la publicidad del establecimiento.

Esta obligación de contratar ya aparecía en las Partidas y en la Novísima Recopilación, como hemos visto, y se encuentra hoy expresamente dispuesta en el artículo 16 del Estatuto Ordenador de las Empresas y Actividades Turísticas Privadas, que establece que

(18) Artículo 1.766 del Código Civil: el depositario responderá de los daños causados por dolo o negligencia, pero no de los ocurridos por caso fortuito o fuerza mayor.

(19) «Los contratos obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso...».

(20) Esta obligación de aceptar depósitos expresos sí está específicamente recogida en el *Codice* italiano (art. 1.784) y en el BGB alemán (parágrafo 702), con respecto al dinero, títulos valores y objetos valiosos, y en cualquier caso a menos que se trate de objetos peligrosos, de valor excesivo en relación al tipo de establecimiento, o de tamaño desproporcionado o naturaleza voluminosa. Ambos cuerpos legales, que como regla limitan la cuantía de la responsabilidad del establecimiento, declaran ilimitada a la misma en relación a los objetos recibidos en custodia, o cuya custodia se ha rehusado sin motivo. También puede afirmarse la existencia de la obligación de recibir bienes en depósito en los Códigos francés (art. 1.953.2), y suizo de Obligaciones (art. 488), en cuanto que imponen responsabilidad ilimitada respecto de los objetos que se haya rehusado recibir en depósito sin motivo justificado, cuando como regla general limitan la responsabilidad.

(21) Recordemos que, de acuerdo con el artículo 1.776 del Código Civil, el depositario que tenga justo motivo para no conservar el depósito podrá restituirlo al depositante, aún antes del término designado, y si éste se resiste podrá obtener del Juez la consignación.

«Los establecimientos de las empresas turísticas a que se refiere el presente Estatuto tendrán la consideración de públicos, siendo libre el acceso a los mismos, sin otra restricción que la de someterse la clientela a las prescripciones de esta disposición y reglamentaciones específicas de cada actividad. Sin embargo, por razones de edad, moralidad, higiene, enfermedad o convivencia podrán autorizarse las oportunas limitaciones».

Por su parte, el artículo 36 de la Orden Ministerial de 28 de julio de 1988, sobre campamentos de turismo, dice expresamente que «queda prohibida cualquier discriminación injustificada por razones de edad, sexo, condición social, nacionalidad u otras similares».

Por tanto, únicamente razones de moralidad, enfermedad, higiene, y otras semejantes, pueden autorizar la no prestación de este tipo de servicios.

Entre las limitaciones posibles a dicha obligación de contratar se encuentra también la derivada de la existencia de un Registro de Morosos, en la Federación Española de Hoteles, autorizado por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de julio de 1994, como medio de los empresarios de transmitirse recíprocamente informaciones sobre sus clientes; quizá con base a la inscripción en este Registro pueda denegarse también el hospedaje al cliente concreto afectado ante el riesgo de impago de su cuenta.

En todo caso, la obligación de contratar con personas desconocidas, que en el momento de ser requeridas para pagar pueden sorprender con su insolvencia, constituye también razón suficiente para explicar la preferencia.

III. NATURALEZA DE ESTA PREFERENCIA, DEL ESPECIAL DERECHO CONCEDIDO AL HOTELERO

Ahora bien, si está claro el fundamento de esta especial preferencia, no lo está tanto la naturaleza de la misma, la determinación de qué tipo exacto de derecho se quiere conceder al hotelero.

La doctrina había propuesto tres posibles soluciones para explicar esta preferencia:

- Entender que al fondista se le atribuye un auténtico derecho de prenda sobre los efectos del viajero, una prenda tácita (22).

(22) Es el criterio de la doctrina tradicional francesa. Véanse por todos, BONNECASE, *Précis de Droit Civil*, T. II, 2.^a ed., Paris, 1939, pág. 665, y más recientemente MARTY Y RAYNAUD, *Droit Civil*, T. III, vol. 1, Sirey, Paris, 1971, págs. 267 y 328; DUPONT DELESTRAINT, *Droit Civil. Sûretés. Privilèges et hypothèques. Publicité foncière*, Dalloz, Paris, 1973, págs. 19 y 21, y VOIRIN, *Manuel de Droit Civil*, T. I, Paris, 1984, pág. 574. En Italia han defendido la configuración como una prenda tácita, POCHINTESTA, *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il Codice Civile italiano*, vol. I, Librería Editrice Brero,

- Considerar que se le concede un verdadero derecho de retención sobre los mismos.
- Calificar su derecho como un simple privilegio o preferencia para el cobro sobre el valor en dinero de dichos bienes.

Las diferencias como vemos son importantes. La prenda (23) es una garantía real perfecta, que recae directamente sobre las cosas específicas y determinadas sujetas a ella, y concede a su titular derecho a retenerlas en su posesión hasta que se le pague, derecho de persecución de las mismas si salieran fuera de su ámbito de poder (24), la facultad de imponer su enajenación para proceder con el importe obtenido al pago de su crédito (el llamado *ius distrahendi*), y un derecho de preferencia para el cobro sobre tal producto líquido con relación a los demás acreedores.

El derecho de retención (25), en cambio, sólo atribuye la facultad de conservar la cosa hasta el pago del débito; pero no concede por sí mismo ni *ius distrahendi* ni preferencia para el cobro, es necesario que estas facultades se le hayan unido por otras vías (como ir adherido a una garantía real, o existir disposición legal expresa en este sentido) para gozar de ellas. Además se extingue necesariamente con la pérdida de la posesión, no existiendo posibilidad de perseguir la cosa una vez que haya salido del ámbito de poder del titular; y por último no recae sobre el dinero procedente de la venta de la misma, sólo sobre la cosa específica. En definitiva, sólo implica superioridad de hecho sobre otros acreedores, no de derecho.

El privilegio, o preferencia privilegiaría de cobro, por su parte, se puede definir como el derecho que tienen ciertos créditos de ser pagados antes que

Torino, 1880, págs. 39 y 101; LUZZATI, *Dei Privilegi*, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1895, pág. 670; CIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I, Fratelli-Bocca, Torino, 1917, pág. 328, y BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Unione Tipografico Editrice, Napoli-Torino, 1924, págs. 268 y 564, señalando este último que dicha prenda tácita es configurada por la ley, no tanto en beneficio del hotelero como en interés del viandante, pues en su virtud podrá verse acogido con mayor facilidad y podrá obtener un crédito que, si no existiera el privilegio, vería denegado. En nuestro Ordenamiento también lo concibió así, como una presunción *iuris et de iure* de prenda, GARCÍA GOYENA, en *Concordancias...*, cit., pág. 987. En todo caso, la legislación alemana expresamente configura el derecho del hotelero como una prenda, en el parágrafo 704 del BGB.

(23) Véanse los artículos 1.857 a 1.873, y 1.922, números 2 y 3 del Código Civil.

(24) Tanto respecto del mismo propietario de la cosa, a la vista del artículo 464.1 del Código Civil (que permitiría al hotelero reclamar la cosa cuando haya sido privado ilegalmente de ella, lo que ocurrirá si el dueño la recupera antes de haber pagado su crédito), como respecto de terceros extraños (pues el art. 1.869 del mismo cuerpo legal le autoriza a ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa para reclamarla o defenderla contra tercero).

(25) Véase, en relación a este derecho, el estudio que realiza mi maestro, el profesor LASARTE ALVAREZ, en *Principios...*, cit., T. II, págs. 243 a 248.

otros con el producto de la venta de algunos bienes, o de todos los del deudor, derecho que además tiene su único fundamento en la ley.

Ahora bien, no recaen dichas preferencias en sentido estricto sobre la cosa, sino sólo sobre el precio que se obtiene de su venta; no conceden derecho de retención por sí mismas, a menos que expresamente así lo diga la ley, o se atribuyan ligadas a derechos de garantía real (26). Tampoco conceden derecho de persecución de la cosa (excepción hecha de la preferencia del arrendador, a la vista de la redacción del último apartado del art. 1.922); y ni siquiera aseguran que un determinado bien va a ser objeto de acción ejecutiva, sino que, en el caso de que efectivamente lo sea, con el importe de su liquidación deberá ser pagado preferentemente el acreedor privilegiado.

Las consecuencias de configurar el derecho del hotelero de una u otra forma son trascendentales, como vemos.

En nuestro Ordenamiento, la doctrina excluye unánimemente la configuración de este derecho como una verdadera prenda o garantía real, a pesar de la calificación que realiza el artículo 1.783 del Código Civil de la introducción de efectos en hoteles como «depósito necesario», que se regirá en defecto de sus propias normas por las generales del depósito, y del tenor literal del artículo 1.780 del mismo cuerpo legal, en cuya virtud el depositario puede retener «en prenda» la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito.

Las razones son claras: no parece que haya un auténtico desplazamiento de la posesión, ni posibilidad de imponer la ejecución de la cosa; por otro lado, la voz «prenda» no está utilizada en aquel precepto en sentido propio, sino en un sentido amplio muy perturbador, y, en cualquier caso, existe un precepto específico para este supuesto, que por lo tanto ha de aplicarse con preferencia a uno general, el artículo 1.922.5 del Código Civil, antes citado, que incluye dicho supuesto entre las preferencias de cobro.

Por otra parte, la configuración como un supuesto de prenda tácita debía suponer la existencia no sólo de la preferencia que estudiamos, sino también del resto de derechos inherentes a aquélla, especialmente el de persecución de la cosa, y tal derecho es negado por la doctrina categóricamente. El hotelero, entienden nuestros autores de manera unánime (27), no puede reclamar los bienes cuando han salido de su establecimiento, entre otras razones porque sería difícil comprobar la identidad de los mismos, así como que fueron introducidos en dicho lugar.

(26) E incluso a veces son incompatibles con el mismo, como ocurre con la preferencia del apartado 1 del artículo 1.922 del Código Civil.

(27) Véase, por todos, GULLÓN BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1962, págs. 56 y sigs.

Frente a sustracciones de terceros, aunque el hotelero pueda perseguir los objetos, no lo podrá hacer por la vía del artículo 1.869.2 del Código Civil (28), que permite al acreedor pignoraticio ejercer la acción reivindicatoria del dueño deudor, ni por la vía del artículo 464.1 del mismo Código, subrogándose en la acción real del propietario; en todo caso, la posible persecución de los bienes será una consecuencia de su responsabilidad como depositario (29).

Ni siquiera vemos claro que pueda ejercitar las acciones que protegen la posesión, puesto que ésta en realidad la tiene el cliente, y el derecho del hotelero sobre los bienes se traduce sólo en que puede impedir su traslado.

Con relación a las posibles sustracciones realizadas por el propio cliente deudor, o personas que sigan sus instrucciones, no parece que el hotelero pueda inutilizar la acción del propietario mediante la prueba de que ha realizado una sustracción o privación ilegal, pues en todo caso más que una verdadera sustracción lo que habría es una negligencia del hotelero (30); y tampoco la prueba de que la readquisición de la posesión por el deudor-cliente no fue querida por el acreedor-hotelero sirve para garantizar el derecho de éste, como sí pasa con la prenda (31), pues la salida de los efectos puede interpretarse como una presunción de renuncia de la preferencia, y en todo caso se debe a la negligencia misma del hotelero, como ya hemos señalado.

En nuestra opinión, el artículo 1.922.5 del Código Civil lo que consagra es una preferencia de cobro, para ser el crédito del hotelero satisfecho antes que los demás créditos del deudor.

(28) «Mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella. Esto, no obstante, el acreedor podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero».

(29) Así se deduce de los artículos 1.783, 1.782 y 1.766 del Código Civil.

(30) Ya AUBRY Y RAU, en *Cours de Droit Civil français*, T. III, Marchal et Billard ed., Paris, 1900, pág. 272, nota al pie núm. 78, se pronunciaron en contra de la aplicación al hotelero de los derechos reconocidos al acreedor pignoraticio, sobre todo en lo que se refiere a la posible reivindicación de la cosa en caso de sustracción, por entender que el desplazamiento realizado, no por terceros, sino por el dueño, no reviste los caracteres de «vol» (robo), y que tal derecho de reivindicación debería extenderse, a falta de disposición específica, durante tres años, lo que resulta extraño a la vista del corto plazo que se reconoce al arrendador para reclamar los objetos desplazados por el arrendatario. En el mismo sentido se pronuncia BIANCHI, *op. cit.*, pág. 578: si el hotelero hubiese sido diligente y hubiese dado órdenes precisas al portero, o persona encargada de la custodia del establecimiento, la salida de los bienes, que supone el fin de su privilegio, no se hubiera podido realizar, él debe por tanto sufrir el daño causado por dicha salida; otra solución además llevaría al absurdo de que el arrendador, a quien expresamente se concede el derecho de persecución, sólo pueda ejercerlo en un plazo muy corto, y en cambio el hotelero, a quien se niega implícitamente dicho derecho, pueda en cambio ejercitarlo en un plazo de tres años.

(31) Artículo 1.191 del Código Civil: «Se presumirá remitida la obligación accesorio de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor», en sentido contrario.

Dentro de esta categoría general, establece en concreto una preferencia privilegiaría (32), por disponer de un privilegio en sentido propio, y ello porque su origen no depende de la existencia de una garantía real que acompañe al crédito protegido, ni de una publicidad registral específica, ni de la constancia en documento público, sino de una disposición legal que expresamente lo establece.

Se trata de una preferencia privilegiaría especial, por recaer sobre bienes concretos del deudor, y no sobre todos ellos en general, y **mobiliaria**, por ser ésta la naturaleza concreta de los bienes afectados.

Por último, se configura como una preferencia privilegiaría especial mobiliaria y posesoria, ya que su vigencia se hace depender del mantenimiento de los bienes en un lugar determinado, la posada o establecimiento hotelero. Se plantea, por tanto, el mismo problema común a todo este tipo de preferencias, que es el de determinar si va acompañada de derecho de retención de dichos bienes en el citado lugar, como medio de conservar tal preferencia.

La doctrina española desde antiguo ha entendido que la preferencia atribuida al hotelero sí va acompañada de dicho derecho de retención, aunque el carácter excepcional de este derecho requiera en principio un reconocimiento expreso que en aquel supuesto no existe (33).

Con especial claridad lo expuso VIÑAS MEY (34) cuando explicó la preferencia del hotelero cómo una figura híbrida, mezcla de puro privilegio y auténtica retención, y destacó que, aunque es cierto que el Código Civil no establece de modo categórico el derecho de retención del hotelero, si el deseo del legis-

(32) Recordemos aquí que en nuestra opinión, ya puesta de relieve en otros trabajos, los tradicionalmente llamados «privilegios» no constituyen hoy sino un subtipo concreto dentro de la figura más general de la preferencia de cobro, que es el verdadero criterio, junto con el de la proporcionalidad o *solutio pro rata*, que nuestro Ordenamiento jurídico recoge para solucionar los concursos de créditos.

(33) Así lo sostienen VIÑAS MEY, «El derecho de retención», en la *RDP*, 1922, págs. 110 y 114; BONET CORREA, *Régimen jurídico del hospedaje y la hostelería*, Rialp, Madrid, 1955, págs. 34 y 35; DE BUEN, en sus *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil*, de COLÍN Y CAPITANT, Reus, Madrid, 1982, pág. 276; GULLÓN BALLESTEROS, «El crédito privilegiado en el Código Civil», en el *ADC*, 1958, pág. 467, y *La prelación de créditos*, cit., pág. 58; LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, Murcia, 1960, págs. 97, 143, 144 y 207; Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, pág. 410; ALVAREZ CAPEROCHIPI, «LOS privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», en la *RCDI*, marzo-abril de 1995, pág. 328; GARRIDO GARCÍA, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 424 y sigs., o CASTILLO MARTÍNEZ, «Prelación de créditos», en la *RGD*, marzo de 1993, pág. 1295. También parece reconocer derecho de retención al hotelero la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941 (RJA núm. 758), cuando, aunque sea como *obiter dicta*, afirma que «el derecho de retención se traduce en una preferencia o prioridad en los eventos a que alude ... el número 5... del artículo 1.922 del Código Civil».

(34) VIÑAS MEY, «Más sobre el derecho de retención», en la *RDP*, 1923, págs. 1 y sigs.

lador fue dar una garantía al fondista, si para ello le otorgó un privilegio especial para el cobro, y si hizo recaer éste sobre los bienes muebles del deudor «existentes» en la posada, parece lógico pensar que iba implícito en su ánimo el concederle un derecho de retención sobre los mismos, pues en otro caso bastaría para dejar sin efecto tal preferencia legal con sacar los bienes del establecimiento, sustracción a la que además no podría oponerse el hotelero.

Para este autor, por tanto, el precepto que estamos estudiando sería uno de los casos en que el derecho de retención no se limita a ser una mera excepción que puede oponer el acreedor frente a la reclamación de restitución de la cosa del deudor que posee, ni un simple medio de conservación del privilegio, o preferencia privilegiaria, sino que se conjuga con ella, viniendo a ser un elemento de la misma y contribuyendo decisivamente a su efectividad.

Esta es, igualmente, nuestra opinión, pues además el derecho de retención sí está recogido de manera expresa en nuestro Ordenamiento para un supuesto muy parecido al de hospedaje, como es el de transporte marítimo de viajeros, en el artículo 704 del Código de Comercio, que antes citamos, cuando establece que

«El Capitán, para cobrar el precio del pasaje y gastos de manutención, podrá retener los efectos pertenecientes al pasajero, y en caso de venta de los mismos, gozará de preferencia sobre los demás acreedores, procediéndose en ello como si se tratase del cobro de los fletes».

Y aunque es cierto que resulta curioso reconocer derecho de retención a un acreedor que no posee la cosa, porque ésta en realidad continúa en poder del cliente, para estos efectos entendemos que el establecimiento es poseedor por intermedio del cliente deudor, si no posee directamente (35).

El hotelero podrá, por otra parte, ejercitar su derecho de retención no sólo respecto de los objetos simplemente introducidos en el establecimiento, sino incluso respecto de los entregados en custodia directa, en depósito; y con relación a estos últimos podrá ejercitarlo, igualmente, no sólo por los gastos derivados de dicho depósito expreso, sino en general por todos los ocasionados por el hospedaje. Así lo deducimos del artículo 1.780 del Código Civil, que expresamente concede el derecho de retención al depositario (36), y de la consideración que realizamos inicialmente de ser dicho depósito expreso de

(35) Hay que recordar que el hotelero no se desposee totalmente de las habitaciones, en las que casi constantemente tiene entrada; en otro caso estaríamos ante un arrendamiento y no un hospedaje.

(36) Como curiosidad, destacaremos que el derecho de retención del depositario aparece tomado del Derecho francés, pues no aparecía en nuestros textos legales históricos, ni en el Fuero Real, ni en las Partidas, ni en los posteriores. Al contrario, en ellos se entendía que la confianza que había dado lugar al depósito convertía en sagrada la obligación de restituir la cosa.

carácter obligado para el establecimiento, en la medida requerida por la buena fe o los usos, como una prestación más del hospedaje, de acuerdo con el artículo 1.258 de Código Civil.

Cosa distinta es la efectividad que pueda tener este derecho de retención, como más adelante veremos.

En todo caso, la solución afirmativa a la cuestión sobre el posible derecho de retención del hotelero es también el criterio de la doctrina portuguesa (37), holandesa (38), mejicana (39), cubana (40), e incluso de la francesa (41) y la argentina (42), aunque en estos dos últimos supuestos no exista consagración legal expresa.

La doctrina italiana, en cambio, rechaza la existencia del derecho de retención para este acreedor hotelero, a la vista de la regulación de su *Codice* (43).

(37) Artículo 755. 1.b del Código Civil: «*Gozam ainda do direito de retengao: o albergueiro, sobre as coisas que as pessoas albergadas hajam trazido para a pousada ou acessórios dela, pelo crédito da hospedagem*».

(38) Artículo 609.3 del Código Civil: el hotelero tiene, sobre las cosas de las que es responsable (las cosas introducidas en el establecimiento por el cliente), un derecho de retención, hasta el pago de lo que se le debe por sus servicios como hotelero. No se atribuye a éste, sin embargo, una preferencia de cobro.

(39) Artículo 2.669 del Código Civil: los dueños de los establecimientos podrán retener en prenda los equipajes de los pasajeros hasta que obtengan el pago de lo adeudado.

(40) Artículo 442: La entidad tiene el derecho de retención sobre el equipaje y las demás pertenencias de los usuarios hasta el completo pago de lo que se le deba por el hospedaje y demás servicios prestados.

(41) Véanse, por todos, COLÍN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2.^a ed. francesa por la RGLJ, con notas sobre el Derecho Civil español por D. De Buen, Reus, Madrid, 1982, pág. 171, que afirman este derecho de retención para el hotelero, aunque no esté consagrado de manera expresa, a la vista del principio de equidad, del que es corolario la *exceptio non adimpleti contractu*, dado que existe una relación contractual entre propietario y retenedor. Véanse también MARTY Y RAYNAUD, *op. cit.*, págs. 268 y 328. Además, el artículo 1.948 del *Code* atribuye derecho de retención al depositario, y el artículo 1.952 configura la introducción de efectos en establecimientos hoteleros como depósito (necesario).

(42) El Código Civil argentino, que regula el derecho de retención como figura general en sus artículos 3.939 a 3.946, no lo concede expresamente al hotelero; no obstante, sí parece que le será aplicable, pues según el artículo 3.940 existirá derecho de retención siempre que la deuda aneja a la cosa retenida haya nacido por ocasión de un contrato o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella. Véase CABANELLAS, «Derecho de retención», en el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Heliasta, Buenos Aires, 1979, pág. 615.

(43) Se alega para ello que el *Codice* concede de manera expresa derecho de retención al depositario que haya realizado gastos de conservación o mejora en el bien mueble, en los artículos 2.761 y 2.756, y sin embargo en el artículo 2.760, inmediatamente anterior, al recoger la preferencia del hotelero, no se lo reconoce, por lo que no se le puede aplicar por analogía. La única defensa posible para el hotelero, desde este punto de vista, sería utilizar el secuestro conservativo que establece el artículo 2.769. Todo esto a menos

IV. AMBITO DE APLICACION DE LA PREFERENCIA LEGAL DEL HOTELERO

En el examen del ámbito de aplicación de la preferencia legal del hotelero vamos a estudiar los siguientes puntos:

- A) Acreedor titular de la preferencia.
- B) Sujeto pasivo de la misma.
- C) Créditos protegidos.
- D) Objetos sobre los que recae la preferencia.
- E) Ejercicio del privilegio.
- F) Concurrencia de varios derechos preferentes sobre un mismo objeto.

A) ACREEDOR TITULAR DE LA PREFERENCIA

El Código Civil no utiliza ninguna palabra para designar al titular de esta preferencia, haciendo mención tan sólo a los «*créditos por hospedaje*».

La primera cuestión que se plantea, por tanto, a la vista del tenor literal del precepto, es determinar qué se entiende por una «posada». El Diccionario (44) la define como mesón, casa de huéspedes; casa pública donde por dinero se alberga a viajeros, caballerías y carruajes; casa en la que, mediante cierto precio, se da estancia y comida, o sólo alojamiento, a algunas personas. Esto supone que el precepto se aplica hoy a las llamadas Empresas de Hostelería, o Establecimientos Hoteleros, que cumplen actualmente esa misma función (45).

que los objetos le hayan sido específicamente entregados en custodia, en cuyo caso devendrá un auténtico depositario, con todos los derechos de éste, entre ellos los de retención y preferencia. Véase RUBINO, «La *responsabilità patrimoniale. Il pegno*», en el *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por F. Vasalli, vol. XIV, T. I, Unione Tipografica Editrice, Tormo, 1956, pág. 115; DI FILIPPO Y VIGNALE, *La responsabilità patrimoniale. Privilegi. Pegno*, Ed. Jandi Sapi, Roma, 1966, pág. 256; RUSSI, *I privilegi*, Unione Tipografica Editrice, Tormo, 1980, págs. 225 y 364; MERZ Y ZANCONATI, *I privilegi e le prelazioni*, CEDAM, Padova, 1990, pág. 117; o DEL VECCHIO, *I privilegi nella legislazione civile fallimentare e speciale*, Giuffrè ee., Milan, 1994, pág. 213. En contra se pronunciaba BIANCHI, *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Unione Tipografica Editrice, Napoli-Torino, 1924, págs. 142 y 581, quien, en relación al *Codice* de 1865, claro, sí reconocía dicho derecho de retención al hotelero. También lo reconocía LUZZATI, *Dei privilegi. Commento teorico-pratico del Codice Civile italiano*, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1895, pág. 684, si bien para este autor el hotelero lo que podía oponer, cualquiera que fuera el nombre que se diera a esta facultad, era su derecho a la posesión, que derivaba de su contrato de prenda tácita, y que era condición indispensable para el ejercicio de su preferencia.

(44) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigésimo primera edición.

(45) El artículo 2 del Estatuto Ordenador de las Empresas y Actividades Turísticas Privadas (Decreto de 14 de enero de 1965) las define como las empresas dedicadas de

Por tanto, serán titulares de esta preferencia todos los que se dediquen de modo habitual y profesional a la prestación de alojamiento retribuido; es decir, los establecimientos hoteleros, aunque carezcan de medios exteriores de publicidad que hagan evidente su existencia, siempre que se entienda que sus contratos son de hospedaje y no de arrendamiento.

Dichos establecimientos hoteleros son clasificados por las disposiciones administrativas (46) en muy diversas categorías, pero todas ellas deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la preferencia, de acuerdo con el criterio de ejercicio profesional de sus actividades, siempre que se entienda que celebran contrato de hospedaje en el ejercicio de su actividad, pues éste es el tipo de crédito protegido. Quedan así incluidos hoteles, hostales, pensiones, albergues, fondas, campings, y demás en que se dé aquella circunstancia, no haciéndose ninguna distinción entre ellos.

Quedarán excluidos en cambio los establecimientos de comidas y bebidas (restaurantes y bares) (47).

modo profesional o habitual, mediante precio, a proporcionar habitación a las personas, con o sin otros servicios de carácter complementario; añadiendo que la simple tenencia de huéspedes, del modo autorizado por la legislación de arrendamientos urbanos, siempre que sean estables, no será reputada como actividad hotelera. Con palabras muy similares se expresa el Real Decreto de 15 de junio de 1983, de Ordenación de los Establecimientos Hoteleros: empresas y establecimientos dedicados de modo habitual y profesional al alojamiento de personas mediante precio, y quedando exceptuada la simple tenencia de huéspedes con carácter estable, y el alquiler de apartamentos para su ocupación por motivos vacacionales o turísticos.

(46) De tipo estatal y autonómico. Véase la nota a pie núm. 17.

(47) Para BONET CORREA, *Régimen jurídico del hospedaje...*, cit., la especial responsabilidad del hotelero, que en nuestra opinión justifica la condición de preferente de su crédito, había de hacerse extensiva a todos los locales en los que se ejerciera una industria abierta al público, incluidos restaurantes, bares, cafeterías, salas de fiestas, balnearios y demás, por razones de analogía legal, y por darse aquí también el riesgo profesional de la industria, ya que el uso del local por los clientes casi no se concibe sin despojarse de los propios efectos. En consecuencia, parece que la preferencia en el cobro debería existir también en beneficio de dichos establecimientos. Esta postura, en cambio, nos parece excesiva, porque el carácter excepcional de aquella responsabilidad y de la preferencia de cobro, excluye su aplicación analógica, y porque en muchos de dichos supuestos la prestación de alojamiento, que justificaba originariamente la responsabilidad y la preferencia, no existe. En la legislación italiana el artículo 1.786 del *Codice*, en relación a la responsabilidad, establece que «*Le norme di questa sezione si applicano anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili*». Este precepto ha llevado a algunos autores, como DI FILIPPO, *op. cit.*, pág. 254, o DEL VECCHIO, *op. cit.*, pág. 212, a defender la extensión de la preferencia a dichos establecimientos. En contra, en cambio, se pronuncian LUZZATI, *op. cit.*, pág. 671; BIANCHI, *op. cit.*, pág. 565 (estos servicios se suelen pagar de manera inmediata, son cantidades de poca entidad, y además no es normal que al acudir a un café o restaurante se lleven efectos sobre los cuales pueda luego entenderse que se constituya una prenda tácita); GAETANO, *op. cit.*, pág. 114, o RUBINO, *op. cit.*, pág. 114, nota al pie núm. 2 (quien recuerda que la designación concreta de la persona a la que se atribuye el privilegio —*albergatore*—, el

Tampoco se aplicará la preferencia a los supuestos de subarriendo, o admisión de un huésped en casa, sin perjuicio de los derechos que se ostenten como arrendador, ni cuando la estancia o permanencia del demandante fue un acto de puro obsequio (48).

En general, no se aplicará en aquellas situaciones en las que no exista esa reiteración profesional de prestación de alojamiento retribuido como prestación principal. Será el caso tanto del alojamiento gratuito de un amigo, como de la tenencia de un huésped en una casa particular de manera retribuida pero sin ánimo profesional, del arrendamiento de vivienda, y de aquellos establecimientos en los que la prestación de alojamiento es tan solo una prestación accesoria, siendo la principal otra, como los internados, clínicas, sanatorios o balnearios.

B) SUJETO PASIVO DE LA PREFERENCIA

Es lógicamente «*el deudor*», la persona albergada (49), que concertó el contrato de hospedaje y utiliza el establecimiento para alojarse.

carácter excepcional de la institución y el análisis de los trabajos preparatorios del nuevo *Codice* excluyen el abandono de la teoría tradicional de este privilegio y su extensión a los casos antes citados). No se ha encontrado un precepto similar al italiano en la legislación francesa, de hecho en las disposiciones relativas a la responsabilidad se habla siempre de los «*aubergistes*» o de los «*hoteliers*». En cuanto al Código argentino, establece expresamente en su artículo 2.233 que la responsabilidad impuesta a los posaderos no se aplica a los administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos semejantes.

(48) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1896.

(49) Así se deduce de la parca redacción de nuestro Código Civil. El *Codice* italiano, en cambio, sí habla explícitamente de «*le persone albergate*». No ya de «*le viandante*», los viajeros, como en 1865, con lo que han desaparecido las discusiones que había planteado tal expresión, en relación a si el privilegio era aplicable con respecto a quienes no eran viajeros, sino habitantes de la ciudad donde se encontraba el establecimiento, pero que lo frecuentaban, y en relación a los cuales el posible conocimiento de su solvencia excluía en principio la existencia de la preferencia (con respecto a la redacción antigua, véase BIANCHI, *Dei privilegi*, cit., págs. 565 y 566). En cambio el *Code* francés sigue hablando del viajero, el «*voyageur*» (tanto en su art. 2.102, en relación a la preferencia, como en su art. 1.952, en relación a la responsabilidad). En cuanto al Código argentino, establece expresamente en sus artículos 2.233 y 2.234 que la responsabilidad impuesta a los posaderos no se aplica respecto de los «*viajeros*» que entren en las posadas sin alojarse en ellas, ni respecto de los particulares que no fuesen viajeros, o que no estén como huéspedes, ni respecto de las personas que viviendo o pudiendo vivir en los pueblos alquilan piezas como locatarios en las posadas; y en relación a la preferencia para cobrar del hotelero habla siempre de los efectos y de las obligaciones de los «*viajeros*» (art. 3.886). El Código cubano por su parte, en su regulación del contrato de hospedaje, se refiere siempre al «*usuario*» (arts. 438 a 443). En cualquier caso, las personas que se alojan en el establecimiento, pero porque trabajan en él, deberán regirse por las normas del tipo de contrato laboral que hayan celebrado.

Como regla general ambas cualidades, de persona contratante y persona hospedada, coincidirán en la misma persona.

Cabe sin embargo la posibilidad de que no sea así, si el hospedaje fue contratado por una persona pero para alojar a otra, sean sus empleados, familiares o en general dependientes. En este caso se plantea el problema de determinar si los objetos de quienes concretamente utilizaron el establecimiento, es decir, de los usuarios, deben o no quedar sometidos a la preferencia, y por tanto a la posible retención de los mismos por parte del susodicho establecimiento.

En nuestra opinión la preferencia, y por tanto la retención, sólo deben recaer sobre los bienes del deudor, es decir, de quien concertó el contrato de hospedaje y se obligó a pagarlo; los bienes de otras personas, aunque hayan sido las beneficiarias del alojamiento, no deben quedar sometidos a esta especial afectación (50).

Otra solución nos parece, aparte de toda consideración de justicia y equidad, absurda, pues la retención de bienes de alguien que no es el deudor, difícilmente presionará a éste para pagar.

Muy especialmente defendemos este criterio si el contrato fue concertado por una persona jurídica para alojar a sus empleados, o simplemente a personas que contrataron con ellas unos servicios más amplios que incluían el hospedaje (51), y esto aunque las personas jurídicas por naturaleza no pueden ser destinatarias de los servicios de hospedaje, y lo serán personas físicas relacionadas con las mismas. Resulta aquí fuera de toda lógica que personas que han cumplido todas sus obligaciones, y que seguramente han pagado el precio total de los servicios concertados, se vean sujetas a la posible retención de sus bienes a cuenta de deudas que no son suyas (52).

Por todo ello, si la persona contratante del hospedaje resulta ser una deudora morosa, la solución para el establecimiento es no volver a contratar con ella, pero no someter bienes que no pertenecen a la misma a una afectación especial al pago.

(50) Sostiene LÓPEZ ALARCÓN, *op. cit.*, pág. 97, que también quedarán incluidos los objetos de los acompañantes del deudor, sean familiares, amigos o criados, criterio con el que en términos generales no estamos de acuerdo, por vetarlo el tenor literal del precepto y un mínimo sentido de justicia material.

(51) Nos referimos concretamente a los contratos celebrados con Agencias de Viajes, en los que se incluyen normalmente servicios de transporte y hospedaje durante un determinado tiempo. Estos contratos reciben en nuestra legislación la designación de «contratos de viaje combinado», estando regulados en la Ley 21/1995, de 6 de julio. También se encuentran regulados en la legislación alemana, con el nombre de «contratos de viaje», en el parágrafo 651 del BGB.

(52) En contra defiende DI FILIPPO, *op. cit.*, pág. 255, que sujetos pasivos serán tanto el contratante del hospedaje como la persona que ha sido beneficiaria del mismo, pudiéndose ejercitar la preferencia sobre los bienes de ambas introducidos en el establecimiento.

El criterio decisivo en definitiva para determinar quién es el sujeto pasivo de la preferencia, y qué bienes deben quedar sometidos a la misma, sobre los cuales se podrá ejercer derecho de retención hasta el pago, es el de tener en cuenta a nombre de quién se encuentra la habitación, o en términos generales el contrato.

La **única** excepción que quizá podríamos defender es la del contrato concertado por una persona para alojarse ella misma y sus familiares, porque la retención de bienes de éstos sí ejercerá una fuerte presión para estimular el pago (53).

Otra cosa sería que los objetos se encuentren en posesión del deudor, desconociendo el hotelero su pertenencia a terceras personas; en este caso, sí estarían afectados por la preferencia, hasta que se demuestre la propiedad del tercero (art. 464 del Código Civil). Luego lo veremos.

En cualquier caso, tampoco alcanzará la protección legal que supone la preferencia a los familiares del dueño, empleados de éste, ni en general a las personas que viven en el establecimiento y trabajan allí, todas las cuales deberán someterse a las disposiciones del depósito voluntario (54), a no ser que su permanencia se rija por las normas del hospedaje, por ser éste el contrato en cuya virtud están en el establecimiento.

C) CRÉDITOS PROTEGIDOS

Los créditos que gozan de esta preferencia son los «*créditos de hospedaje*», es decir, los que tienen su causa en el contrato de hospedaje.

No vamos a hacer ahora un examen específico de este tipo de contrato (55), pero sí tenemos que destacar las siguientes cuestiones:

(53) LUZZATI, *op. cit.*, pág. 678: los Tribunales deberán determinar si el «*trattamento*» dado por el establecimiento ha sido individual para cada miembro de la familia, o conjunto. En este segundo supuesto surge una obligación solidaria de todos los miembros de la familia para el pago, y dicha solidaridad se extiende a todos los objetos introducidos por la familia en el establecimiento, con independencia de a quién pertenecen singularmente. La indivisibilidad del privilegio o preferencia hará el resto.

(54) En el mismo sentido, PELLISÉ PRATS, *op. cit.*, pág. 875.

(55) Véanse los trabajos de PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, 1.^a ed., Imprenta Asilo de Huérfanos S.C. de Jesús, Madrid, 1930; MORENO MOCHOLÍ, «Convivencia, subarriendo y hospedaje (estudio sobre el art. 27 de la Ley de Arrendamientos de fincas urbanas)», en la *RDP*, 1953, págs. 111 a 121; BONET CORREA, J., *Régimen jurídico del hospedaje y hostelería*, *Rialp*, S.A., Madrid, 1955; FRAGALI, M., *Contratto di albergo*, en la Enciclopedia del *Diritto*, T. I, págs. 963 a 1002, Giuffrè ed., 1958; NAVARRETE, A., «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en la *RDM*, octubre-diciembre de 1958, págs. 265 a 281; DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Diccionario de Derecho Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1984, T. I, voz «Contrato de hospedaje»; RODES, J. E., «El contrato de reserva de alojamiento

Ha de tratarse del crédito actual de hospedaje. Por ello los efectos introducidos en el hotel no pueden quedar sujetos a la preferencia por deudas contraídas por el viajero en una estancia anterior. Ahora bien, los objetos dejados en el establecimiento en una estancia anterior y que permanezcan en él, sí responderán de los gastos ocasionados durante aquella estancia y durante la actual.

en régimen de contingente en el Ordenamiento español», en la *RJC*, 1993, 4, págs. 1027 a 1050; y del mismo autor, «El (mal llamado) depósito de garantía en los contratos de contingente (reserva) de alojamiento», en la *RJC*, 1995, 4, págs. 1045 a 1064; CIURNELLI, G. (y otros), // *contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Giuffrè ed., Milan, 1994; MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *La prohibición de compensar las deudas derivadas de depósito y comodato*, Bosch, Barcelona, 1994; NAVAS NAVARRO, S., *Compensación, depósito y comodato*, Marcial Pons ed., Madrid, 1997; MASTROPAOLO, F., «Il deposito in albergo», en el *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por P. Rescigno, UTET, Torino, 1997, vol. 12, págs. 546 a 569. El hospedaje es aquel contrato en cuya virtud el empresario hostelero, «fondista» o «mesonero» en terminología del Código Civil, se obliga a ceder al cliente el uso de determinadas habitaciones para su alojamiento, y a suministrarle servicios complementarios de agua, energía eléctrica y limpieza, y de custodia o vigilancia de sus efectos, a cambio de un precio. El suministro o venta de alimentos no es un elemento esencial de este contrato, aunque suele ser frecuente su prestación. Sobre todo, hay que destacar que el fondista no se desposee totalmente de las habitaciones, en las que casi constantemente tiene entrada; en otro caso, estaríamos ante un arrendamiento de local. Presenta esta figura notables semejanzas con la del subarriendo, en el campo del hospedaje civil, pero la diferencia entre ellas se explica fácilmente, pues en el subarriendo se cede al arrendatario la posesión de una habitación, sin facilitarle ningún servicio personal; cuando el arrendador presta, él mismo o sus dependientes, algún servicio al alojado, habrá hospedaje. Resulta interesante el estudio que sobre estas dos figuras realiza MORENO MOCHOLÍ en su obra citada, págs. 117 a 120. Este autor, además de diferenciarlas claramente, llama la atención sobre el hecho de que el subarriendo ha estado siempre bastante regulado en las Leyes de Arrendamientos Urbanos (se refería a la legislación vigente en los años cincuenta, pero lo mismo ocurre en las leyes de 1964 y 1994), en lo que se refiere a los requisitos necesarios para constituirlo (autorización expresa y escrita del arrendador), sus efectos (límite máximo de su precio o atribución de un porcentaje al arrendador), y consecuencias de las infracciones (resolución del contrato de arrendamiento), mientras que el hospedaje ha preocupado mucho menos al legislador, y aún hoy no aparece regulada ninguna de estas cuestiones, al menos en el ámbito civil. Véanse también las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1963 (RJA núm. 3384) y 28 de septiembre de 1964 (RJA núm. 4095). En todo caso, no estamos ante una yuxtaposición de contratos, sino ante una relación unitaria, con sustantividad propia, que reúne un conjunto de prestaciones que no son independientes, sino que están conectadas entre sí. Esta relación de hospedaje es atípica civilmente, al no tener regulación legal reconocida (sí contiene regulación general expresa el Código Civil de Cuba, en sus arts. 438 a 443); ahora bien, está muy bien definida por la doctrina y por la práctica social, y sí dispone de muy diversa regulación administrativa, no sólo en el campo estatal, sino también en el autonómico, pues al autorizar el artículo 148.1.18 de la Constitución a las Comunidades Autónomas a asumir competencias en cuanto a la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial son ya muchas las Comunidades que han dictado disposiciones en estas materias. Añade NAVARRETE, *op. cit.*, pág. 272, que podrán aplicarse por analogía los artículos 693 a 705 del Código de Comercio, relativos a la situación de los pasajeros en los viajes por mar; por lo tanto, si el

Tampoco estarán protegidos por la preferencia los créditos existentes contra el cliente «con ocasión» del hospedaje, pero basados en otra «causa», como préstamos que se le hubiesen hecho, o suministro de entradas para espectáculos, ni las deudas derivadas de contratos conexos con el de hospedaje, pero autónomos, como el de garaje.

En general quedarán protegidos todos los créditos que deriven de las prestaciones propias de la industria hotelera, de servicios normalmente incluidos en el contrato de hospedaje, como teléfono, o lavado de ropa, todo en función, lógicamente, de la categoría del establecimiento, pero no los demás (56).

Así, el problema no tiene una solución de carácter absoluto, sino que hay que examinar caso por caso, puesto que algunos servicios, normales para determinadas categorías de establecimientos, no lo son para otros (57).

En nuestra opinión, incluso los gastos derivados de asistencia médica, de excursiones programadas, o por la utilización de instalaciones deportivas, y

cliente no llegase al establecimiento a la hora prefijada podrá exigírsele el precio del hospedaje; si el derecho al alojamiento fuese nominativo no podrá transmitirse sin consentimiento del establecimiento; si éste no pudiese prestar el servicio, o debiera interrumpirlo, deberá devolver al cliente el precio pagado e indemnizarle los daños, a no ser que tal denegación o interrupción fuesen debidas a caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo supuesto sólo deberá devolver el precio; y finalmente el establecimiento podrá retener los efectos pertenecientes al viajero para cobrar el precio del alojamiento y gastos de manutención, y en caso de venta de los mismos gozará de preferencia sobre los demás acreedores. La duración del contrato de hospedaje será la convenida entre el establecimiento y el cliente, y deberá constar expresamente en la notificación entregada en el momento de la admisión, si bien podrá prorrogarse por mutuo acuerdo; quedando en pie las cuestiones de una posible indemnización si, hecha la reserva por un cierto tiempo el cliente abandona antes el establecimiento, o la posible negativa del cliente a desalojar el establecimiento cuando éste pretenda su lanzamiento, ya que ni podrá sin más efectuar el desalojo, ni el cliente puede permanecer en el local si contraviene lo pactado o el régimen interior de la empresa. Por lo demás, el contrato de hospedaje es consensual, no siendo necesaria la entrega de equipaje, y pudiéndose concertar por correo o por teléfono, si bien su perfección definitiva tiene lugar cuando el cliente se presenta en el establecimiento; es además un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y forzoso para el empresario, como ya hemos visto.

(56) Resulta expresivo, en este sentido, el artículo 3.886 del Código Civil argentino, conforme al cual «*el posadero goza del privilegio del locador ... sobre los efectos introducidos en la posada ... hasta la concurrencia de lo que se le deba por alojamiento y suministros habituales de los posaderos a los viajeros. El privilegio no comprende los préstamos de dinero, ni se da por obligaciones que no sean las comunes de los viajeros*». El Código cubano en cambio reconoce al hotelero derecho de retención «*hasta el completo pago de lo que se le deba por el hospedaje y demás servicios prestados*» (art. 442).

(57) En el mismo sentido, DI FILIPPO, *op. cit.*, pág. 255. En 1924 ya afirmó BIANCHI (*op. cit.*, pág. 570), que ni siquiera podemos excluir que los préstamos de dinero, como regla general no incluidos entre los créditos protegidos por la preferencia, no estén protegidos también en algunos casos en función de las circunstancias, pues entre el hotelero y el cliente se establece en muchos casos una verdadera apertura de crédito, garantizada con la prenda tácita de los efectos del segundo.

demás que haya que pagar aparte, deben quedar incluidos como créditos protegidos, como prestaciones no necesarias pero que complementan estrechamente el contrato de hospedaje (58).

En cuanto a los créditos derivados de un depósito expreso en una caja de seguridad, es decir, de la «custodia directa», el establecimiento dispondrá del derecho de retención de tales objetos hasta el completo pago de lo que se deba por razón de dicho depósito (59).

Por otro lado, y en nuestra opinión, el carácter de obligado o de necesario para el establecimiento de dicho depósito, en función de la relación más amplia de hospedaje, debe hacer que, aunque el Código no concede preferencia al depositario para el cobro de dicho crédito, deba extenderse la preferencia que sí se reconoce a dicho hospedaje. Dicha preferencia, además, deberá recaer sobre tales bienes, no sólo por el crédito del depósito propiamente dicho, sino por el crédito en general del hospedaje.

Por lo demás, tratándose de prestaciones normales de este tipo de contrato, en función de la categoría del establecimiento, no parece que haya que distinguir si son o no excesivas, pues una de las razones de esta preferencia es precisamente la ignorancia del hotelero respecto a la solvencia mayor o menor de los clientes que recibe.

Tampoco tendrá relevancia que la duración del hospedaje fuera superior o inferior a la inicialmente pactada, extendiéndose la preferencia a todos los gastos ocasionados durante la estancia.

Por otra parte, el contrato de hospedaje puede ser de naturaleza civil o mercantil, según se configure como una manifestación contractual aislada, o como una industria ejercida profesionalmente con ánimo de lucro (60).

Si es de carácter civil, se regirá por las libres estipulaciones de las partes, pues la regulación existente se refiere siempre al hospedaje mercantil, prestado por empresas turísticas privadas o empresas de hostelería (61).

(58) Así lo defiende, igualmente, DEL VECCHIO, *op. cit.*, pág. 213.

(59) Artículo 1.780 del Código Civil.

(60) Para BONET CORREA, *Régimen jurídico del hospedaje...*, cit., el contrato de hospedaje civil queda reducido a los casos en que predomina el sentido familiar, donde se atiende al vivir diario de personas poco acomodadas con este auxilio, pero faltando el sentido profesional. Señala así este autor como características esenciales del hospedaje civil las siguientes: matiz de familiaridad, componerse de un reducido número de personas, ofrecer conjuntamente alojamiento y manutención, y carencia de signos de dedicación industrial. Debemos recordar aquí el artículo 3 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual «Existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio (y por tanto hospedaje mercantil), desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil».

(61) De hecho, establece el artículo 2 del Estatuto Ordenador de las Empresas y Actividades Turísticas Privadas que «Son empresas de hostelería las dedicadas de modo

Dado que, como acabamos de explicar, es necesario que el hostelero se dedique de manera habitual o profesional al ejercicio de la industria hostelera para la existencia de su especial responsabilidad, no serían de aplicación los artículos 1.783 y 1.784 antes citados al llamado hospedaje civil. Tampoco le sería de aplicación la obligación de contratar que establece la legislación para los establecimientos comerciales. En consecuencia, no parece que esté justificada la existencia en él de una especial preferencia de cobro (62).

En todo caso, el reconocimiento del crédito del hotelero supone la presentación de una factura que debe reunir todos los requisitos establecidos en los artículos 12 a 14 de la Orden de 15 de septiembre de 1978, de precios y reservas en alojamientos turísticos (63).

Finalmente, debemos recordar que el plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago es de tres años, contados desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.967.4 del Código Civil.

profesional o habitual, mediante precio, a proporcionar habitación a las personas, con o sin otros servicios de carácter complementario. La simple tenencia de huéspedes, del modo autorizado por el artículo 18 de la Ley de Arrendamientos urbanos, siempre que sean estables, no será reputada como actividad hostelera». En el mismo sentido, añade el artículo 1 del Decreto de Ordenación de los Establecimientos Hoteleros de 1983 que «Quedan sujetos a la presente norma las empresas y establecimientos dedicados de modo profesional o habitual al alojamiento de personas mediante precio. Los establecimientos hoteleros tendrán la consideración de establecimientos abiertos al público. Se exceptúan de la presente normativa: 1. La simple tenencia de huéspedes con carácter estable a que se refiere el artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. 2. Los apartamentos turísticos, entendiéndose por tales...».

(62) En contra se pronuncia LÓPEZ ALARCÓN, *El derecho de preferencia*, cit., pág. 96, quien defiende la existencia de la preferencia tanto en los supuestos en que se practique el hospedaje en masa, cuanto en los que se practique en ocasiones aisladas, por entender que a esta interpretación amplia conduce la redacción lacónica del Código Civil.

(63) De acuerdo con la misma, todos los alojamientos turísticos deberán fijar unos precios máximos y mínimos, que deberán notificar a la Administración. En todo caso, deberá comunicarse al cliente antes de su admisión el precio que le va a ser aplicado, a cuyo efecto se le entregará una hoja, cuya copia quedará en el hotel, en la que ha de constar el nombre y categoría del establecimiento, identificación del alojamiento, precio del mismo y fechas de entrada y salida. Los precios se contarán por días o jornadas, entendiéndose que salvo pacto la jornada termina a las doce horas; y se especificarán por alojamiento y demás prestaciones que formen parte del funcionamiento habitual de la industria, teniendo en cuenta que no se podrá cobrar suplemento alguno por la utilización de los servicios comunes a todo el establecimiento, como las piscinas, mobiliario propio de las mismas y de jardines o parques particulares, o los aparcamientos exteriores de vehículos. A falta de pacto, el pago deberá efectuarse en el mismo establecimiento y en el momento en que sea presentada al cobro la factura, que deberá expresar indubitadamente los servicios prestados, nominalmente o en clave, procurando la separación entre los servicios ordinarios y los extras, y desglosando los días y conceptos.

D) OBJETOS SOBRE LOS QUE RECAE LA PREFERENCIA

Los objetos sobre los que recae la preferencia para cobrar del hotelero son «los bienes muebles del deudor existentes en la posada», es decir, los mismos a los que alcanza su especial responsabilidad.

Este es el criterio que a nuestro juicio debe resolver todas las posibles dudas que puedan plantearse, el de plantear la conexión entre la especial responsabilidad del hotelero que justifica su preferencia de cobro, y ésta, de manera que todos los bienes de los que responde conforme a las reglas de los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil son los que a su vez quedan sujetos a su facultad de cobro preferente.

Con relación a ellos, y dada la amplitud del término «bienes muebles» utilizado por el precepto legal, podemos decir lo siguiente:

1. Quedarán incluidos entre los «efectos» del cliente los animales que se puedan encontrar en el establecimiento, cuando su entrada estuviese permitida en el mismo y hubiese sitio adecuado para ellos, aunque no es probable que sea esto frecuente en la práctica, pues en muchos establecimientos no se permite su entrada (64).

2. No se hace referencia a la propiedad de dichos bienes; por ello quedarán incluidos todos los que el deudor haya introducido en el establecimiento, y esto a pesar de que se habla de «...bienes... del deudor», y a que sería imposible que el hotelero comprobara la exacta propiedad de los objetos introducidos en su industria; además, así puede deducirse de la aplicación del artículo 464.1 del Código Civil.

Ahora bien, quedará excluida la preferencia cuando se trate de cosas hurtadas o robadas, en cuyo caso el propietario podrá reclamarlas, y también si el hotelero conocía la pertenencia de los objetos a otra persona, por habersele hecho saber expresa o tácitamente; así se deduce también del precepto que acabamos de citar.

La buena fe del hotelero que justifica la afectación de los bienes a su preferencia debe existir en el momento en que entran aquéllos en el establecimiento, y debe subsistir en nuestra opinión durante todo el tiempo del contrato, pues *mala fides superveniens nocet*. La prueba de que el hotelero conocía la pertenencia de los bienes a otra persona incumbe a quien tiene interés en demostrarlo (65).

(64) En contra establece el artículo 1.954.3 del *Code* francés que la especial responsabilidad del hotelero no se aplica a los animales vivos, y en términos similares se pronuncian el artículo 1.785.5 del *Codice* italiano y el parágrafo 701.4 del BGB alemán. Si no están vivos, en cambio, su régimen se equipara al de cualquier otro objeto.

(65) En contra, en cambio, se pronuncia DI FILIPPO, *op. cit.*, pág. 255, para quien *mala fides superveniens non nocet*.

Este criterio, de sujetar en principio a la preferencia a todos los bienes que el deudor haya introducido en el establecimiento, puede causar algún perjuicio al propietario de buena fe de dichos bienes, si no es el cliente deudor del establecimiento en cuestión, pero lo cierto es que la causa será la confianza que ha depositado en dicho cliente deudor, y parece más razonable hacer sufrir las consecuencias de esta apariencia jurídica de propiedad a quien la ha creado, que no al fondista que no ha cometido ninguna negligencia. Todo sin perjuicio de la posible responsabilidad del cliente deudor con respecto al propietario de las cosas afectadas.

No será necesario, por tanto, que los efectos sean de la propiedad del viajero, pudiendo pertenecer a un tercero ante el que luego deba responder aquél.

En cualquier caso, si se probase antes de la ejecución de los bienes que pertenecen a otra persona distinta del deudor, prosperará la tercería de dominio que se hubiera interpuesto y cesará lógicamente la preferencia.

Se plantea, por último, la cuestión de si deben o no quedar incluidos en el ámbito de la preferencia los objetos que conocidamente no pertenecen al contratante del alojamiento, sino a personas que son, sin embargo, las beneficiarias del mismo, sean familiares, empleados, o incluso extraños relacionados contractualmente con el contratante.

A esta cuestión hemos hecho referencia anteriormente, al estudiar el sujeto pasivo de la preferencia, de manera que sólo vamos a recordar que, en nuestra opinión, como regla general los bienes de los usuarios no contratantes no deben quedar afectados por la preferencia, ni la consiguiente retención, dado que no son los deudores del pago. Todo esto salvo que dichos objetos estuvieran en posesión del deudor, desconociendo el hotelero su pertenencia a terceras personas.

No nacerá tampoco el derecho de retención respecto de los efectos introducidos en el establecimiento, pero no por el cliente, sino por visitas particulares que pueda recibir, pues éstas no se consideran clientes.

3. Los objetos introducidos con posterioridad a la llegada del viajero son también objeto de la preferencia, y no sólo por los gastos ocasionados después de dicha introducción, sino también por los generados antes, pues la ley no distingue entre los bienes que el viajero llevaba consigo al llegar y los que trajo después, y habla simplemente de los existentes en el establecimiento.

4. De cualquier forma, sólo quedan sujetos a la preferencia los bienes «*existentes en la posada*»; en consecuencia, una vez que hayan salido de la misma, cesa la preferencia, y aunque vuelvan al establecimiento no quedarán obligados por deudas que el mismo viajero contrajo pero en una estancia anterior.

Esto supone que si el hotelero entrega la posesión de los objetos al cliente deudor, o éste los saca del establecimiento por falta de diligencia de aquél, la preferencia se extingue y no puede resucitar, por lo que, aunque el cliente vuel-

va de nuevo al establecimiento, el hotelero será un simple acreedor **común** respecto del crédito anterior, aunque lo sea preferente respecto del nuevo.

También los objetos introducidos momentáneamente en el establecimiento se podrán retener en garantía del crédito de hospedaje (66), pues el texto legal no distingue entre dichos objetos y los existentes continuadamente en el local.

5. La expresión «bienes» ha de interpretarse en un sentido amplio y no restrictivo, incluyendo no sólo los artículos de viaje y cosas de uso personal del viajero, sino también el dinero, joyas, objetos destinados a la venta si se trata de un agente comercial (aunque aquí la propiedad de un tercero puede estar muy clara), o cualesquiera otros elementos que introduzca en el establecimiento el viajero (67). Ahora bien, ha de darse el requisito de **embargabilidad** de los mismos (68).

En cuanto a los objetos que el cliente pueda llevar encima de su persona, como el reloj, joyas o la cartera, en nuestra opinión no es responsable el establecimiento de la sustracción de los mismos (69), por la negligencia del viajero, por lo que en principio no quedarían afectados por la preferencia. En todo caso, la aplicación aquí del derecho de retención de tales objetos dentro del establecimiento es muy dudosa (70).

Cuestión especialmente interesante es la de si deben incluirse en el concepto de efectos los automóviles (71), objetos transportados en los mismos,

(66) En contra, sostiene RUBINO (*op. cit.*, pág. 76) que dichos objetos no deben quedar sometidos a la preferencia, pues se encuentran en el establecimiento en virtud de un acontecimiento extraño al crédito privilegiado (se refiere expresamente a los objetos introducidos momentáneamente para llevarlos a reparar).

(67) En términos expresivos, habla el Código cubano (art. 442) de «equipaje y demás pertenencias de los usuarios».

(68) Esto excluiría el mobiliario y menaje de la casa, las ropas del deudor y su familia, alimentos, combustible, y en general todo lo imprescindible para atender a la subsistencia del ejecutado y las personas de él dependientes con razonable dignidad. Excluiría igualmente todos los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de su profesión, arte u oficio, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda. Todo ello en los términos establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000. Por tanto, en los supuestos normales no quedará mucho para el establecimiento hotelero. Expresamente lo dice así el artículo 3.878.2 del Código argentino, añadiendo que sobre estos bienes tampoco podrá ejercerse el derecho de retención.

(69) El Código de Comercio, que en sus artículos 618 a 620, en relación al transporte de viajeros por mar, impone al capitán del buque la responsabilidad por todos los daños que sobrevengan al cargamento, incluidas las sustracciones cometidas por la tripulación, y con la única excepción de los que sobrevengan por fuerza mayor, en su artículo 703 añade que el capitán no responderá de los efectos que el viajero conserve bajo su inmediata y peculiar custodia, a no ser que el daño provenga de hecho del capitán o de la tripulación.

(70) LACRUZ BERDEJO, en *Derecho de Obligaciones*, cit., 3.^a ed., pág. 289, niega expresamente tal derecho de retención en cuanto a dichos objetos.

(71) El precio considerable de los automóviles, la frecuencia de su empleo y su facilidad para experimentar daños han hecho que la cuestión de la responsabilidad haya

las bicicletas, o los botes transportables, y en general todo lo que los viajeros dejen en el garaje del establecimiento (72).

La doctrina parece inclinarse por extender a tales objetos la especial responsabilidad del establecimiento cuando el servicio de garaje vaya incluido en el precio del alojamiento, como una prestación más de éste; no en cambio cuando este servicio haya de pagarse por separado, en cuyo caso estaremos ante un contrato aparte, con sus propias reglas. De acuerdo con el criterio de decisión que antes hemos defendido, en el primer supuesto sí dispondrá el establecimiento de preferencia, y por tanto de derecho de retención, en el segundo supuesto no.

En todo caso, señalaba RODRÍGUEZ BUJÁN (73) que si los automóviles se dejan en aparcamientos exteriores, que se ponen a disposición de los clientes, no existirá la especial responsabilidad del establecimiento, dado que el artículo 1.783 se refiere a efectos «introducidos» en el establecimiento. En consecuencia, tampoco se dispondría de derecho de retención de los mismos, al no tratarse de objetos «existentes» en aquél.

6. Para que exista la facultad de cobro preferente, y con ella el derecho de retención de los efectos, al igual que para que se produzca la responsabilidad respecto de los mismos, es preciso que hayan sido introducidos en el establecimiento, sin importar si se trata del edificio principal o de anejos del mismo susceptibles de recibir los objetos.

Por lo demás, no es necesario que se hayan introducido materialmente, bastando con que se entreguen a las personas autorizadas para recibirlos, o con dejarlos en el sitio que dichas personas hayan indicado (vestíbulo, salón, etc.).

sido muy estudiada en los últimos años. Véanse ALVAREZ LATA, N., *Construcción jurisprudencial del contrato de aparcamiento de vehículos*, en Aranzadi Civil, núm. 11, octubre de 1996, págs. 11 a 49; ARROYO LÓPEZ-SORO, J., *Plazas de garaje*, Dykinson, Madrid, 1998; ESPIAU ESPIAU, S., «Relaciones contractuales de hecho y contratos de adhesión: notas para el estudio del contrato de aparcamiento público», en la *RDP*, 1996, págs. 787 a 814; HERRADA ROMERO, R. I., «Reflexiones sobre la caracterización jurídica del contrato de garaje», en la *RDP*, 1994, págs. 827 a 873, y ZARZUELO DESCALZO, J., «La responsabilidad del garajista: evolución jurisprudencial», en la *RGD*, 1996, págs. 175 a 178.

(72) Expresamente parecen pronunciarse los Códigos argentino (art. 2.231: el posadero responde de los carros y efectos de toda clase que hayan entrado en las dependencias de la posada), y francés (art. 1.954.2: los hoteleros responden de los objetos dejados en vehículos estacionados en lugares de los que tienen el uso privativo, hasta cincuenta veces el precio diario del alojamiento), pues al aplicar la especial responsabilidad del hotelero, respecto de dichos bienes, debe entenderse que quedan también afectos a la preferencia del mismo. En cambio, el artículo 1.785-*quinquies* del *Codice* italiano establece que las disposiciones sobre responsabilidad del hotelero no se aplicarán a los vehículos ni a las cosas dejadas en los mismos, por lo que tales bienes no parece que deban quedar sujetos a su preferencia para cobrar. En los mismos términos del *Codice* se pronuncia el parágrafo 701.4 del BGB alemán.

(73) *Op. cit.*, pág. 156.

Tampoco es necesario que hayan llegado al hotel con el viajero, pues la responsabilidad y la preferencia (y retención) alcanzan también a los efectos enviados previamente, y a los que el cliente pueda recibir después (74).

El establecimiento responderá de los objetos entregados al autobús del hotel para su traslado al mismo, pues, aunque el contrato de hospedaje aún no se haya concertado, es en consideración a él por lo que dichos objetos fueron entregados a tal transporte y no a otro. Igualmente responderá el establecimiento de los objetos desaparecidos mientras el cliente concierta el contrato, o examina la habitación, en aplicación también de la teoría del riesgo profesional.

En ambos supuestos, sin embargo, no parece que deba existir derecho de retención de los mismos, pues aún no se ha concertado el hospedaje, y por tanto no se ha producido el impago de la cuenta, ni hay motivos para pensar que se vaya a producir. En cambio sí lo habrá respecto de los objetos entregados al transporte del establecimiento para su traslado a estaciones de tren, autobuses o aeropuertos, y en general respecto de los existentes en el establecimiento o sus dependencias cuando el cliente se prepara para abandonarlo sin abonar su factura, o ya lo ha hecho pero los objetos permanecen en el establecimiento para ser recogidos más tarde.

En cualquier caso, la aplicabilidad de este derecho de retención de los efectos del viajero creemos que es muy discutible, por las razones que luego vamos a exponer.

E) EJERCICIO DE LA PREFERENCIA

El Tribunal Supremo tiene reiterado desde los años veinte (75) que las normas reguladoras de la prelación de créditos son aplicables con independencia de la solvencia o insolvencia del deudor ejecutado. En consecuencia la preferencia del hotelero se podrá ejercitar:

- a) De manera individual, extraconcursalmente. El medio será la tercera de mejor derecho, regulada en los artículos 614 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.
- b) En concurso de acreedores, si el cliente deudor no es comerciante, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.911 a 1.929 del Código

(74) El artículo 1.783 del *Codice* italiano, a los efectos de responsabilidad, establece que se considerarán cosas introducidas en el establecimiento aquéllas con respecto a las cuales el hotelero, un miembro de su familia o uno de sus dependientes han asumido la custodia, dentro o fuera del establecimiento, durante el tiempo en que el cliente dispone del hospedaje, y un período de tiempo «razonable» anterior o posterior al mismo.

(75) Sentencias de 29 de octubre de 1927 y 11 de febrero de 1928.

Civil y 1.130 a 1.317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que continúa transitoriamente vigente en esta materia.

- c) En quiebra o suspensión de pagos si el deudor es comerciante, de acuerdo con los artículos 870 a 941 del Código de Comercio, y 1.318 a 1.396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, transitoriamente vigente.

El examen de todos estos procedimientos no debe hacerse aquí, sólo nos interesa la fase de reconocimiento y graduación de los créditos. Dentro de ella hay dos puntos a destacar:

1. El reconocimiento del crédito del hotelero supone la presentación de una factura, que debe reunir todos los requisitos establecidos en los artículos 12 a 14 de la Orden de 15 de septiembre de 1978, de precios y reservas en alojamientos turísticos (76).
2. La graduación de las diferentes preferencias obliga a coordinar los preceptos civiles, mercantiles y procesales existentes.

F) CONCURRENCIA DE VARIOS DERECHOS PREFERENTES SOBRE EL MISMO OBJETO

El supuesto planteado es muy simple: sobre un mismo objeto recaen varios créditos preferentes, siendo uno de ellos el del hotelero. La cuestión debe resolverse en varios niveles, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.926, 1.928 y 1.929 del Código Civil; así:

1. Los créditos preferentes excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del bien al que la preferencia se refiere. De esta forma, si el crédito preferente del hotelero concurriese con otros créditos no preferentes será siempre satisfecho el primero con el valor de los bienes a los que la preferencia se refiere.
2. Si con relación a un mismo bien concurren varios créditos preferentes, siendo uno de ellos el del hotelero, el orden de prelación, de acuerdo con las reglas examinadas en las páginas anteriores, será el siguiente:
 - Serán pagados los primeros los créditos que dispongan de un «super-privilegio», como los salariales del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, los derivados de la propiedad intelectual en los términos del artículo 54 de la Ley de Propiedad Intelectual, y los recogidos en el artículo 66 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.
 - La concurrencia de varios créditos preferentes del mismo tipo, es decir, de varios créditos preferentes de hospedaje, no es posible, ya que

(76) Véase el subepígrafe anterior sobre los créditos protegidos.

sobre una cosa introducida en un establecimiento hotelero no puede recaer una preferencia por razón de deudas contraídas con anterioridad en otro establecimiento del mismo tipo; la preferencia cesa cuando el objeto sale del establecimiento, como se vio.

- Sí es posible la concurrencia sobre los bienes muebles existentes en el hotel de preferencias especiales, pero con diferentes causas (como ocurrirá si tales bienes han sufrido obras de construcción, conservación o reparación, han sido comprados por el cliente, han sido ofrecidos en prenda, o transportados, o son el fruto de una cosecha en los términos de los números 1 a 4 y 6 del art. 1.922 del Código Civil).

En estos supuestos, a menos que el objeto introducido por el cliente en el hotel estuviese sometido a una prenda, en cuyo caso el crédito pignoraticio excluirá a todos los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda, en los demás casos el precio del bien se distribuirá a prorrata entre todos los créditos que gozan de especial preferencia con relación a dicho bien, entre ellos el del hotelero.

- Si el crédito preferente del hotelero concurriese con otros créditos que sólo disponen de una preferencia general, será pagado primero aquél, de acuerdo con las reglas generales.
- Las disposiciones contenidas en el Código Civil han de ser concordadas con las establecidas para concurso y quiebra de acreedores en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código de Comercio, lo que en algunos supuestos puede plantear problemas, pues el orden de prelación no es siempre el mismo.

En concreto habrá que tener en cuenta si sobre el bien mueble introducido en el establecimiento había sido trabado un embargo para garantizar otras deudas, puesto que entonces, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el acreedor que haya conseguido el embargo de ese determinado bien del deudor para la ejecución de su crédito, una vez que tal bien sea realizado recibirá su pago sin dilación, sin perjuicio de que los gravámenes anteriores o preferentes continúen subsistentes.

También habrá que tener en cuenta que el crédito del hotelero se configura, en caso de declaración en quiebra y no en concurso de acreedores, como un «crédito privilegiado por derecho común», a pagar por tanto después de los créditos con superprivilegio, de los créditos singularmente privilegiados por el Código de Comercio, y de los créditos privilegiados por este mismo cuerpo legal (77), lo que puede alterar el orden de las preferencias.

(77) Véase el artículo 913 del Código de Comercio.

- En cualquier caso, será la Junta de Acreedores la que decida el orden de pago de los créditos concurrentes, mediante sus acuerdos, por lo que habrá de estarse en cada supuesto concreto a lo que ella decida.

V. TRASCENDENCIA PRACTICA DE ESTA PREFERENCIA

La trascendencia práctica de la facultad de cobro preferente reconocida al crédito de un establecimiento hotelero no es muy grande, de todas maneras, y ello por varias razones, entre las que podemos destacar las siguientes: concertarse el hospedaje de manera aislada cada vez con menos frecuencia, ser relativo el valor de los bienes que se suelen introducir en el establecimiento, y en todo caso, ser muy fácil sacarlos del mismo antes de que haya razones para pensar en un impago del crédito y, finalmente, tener la posible retención de dichos bienes una perspectiva penal que no se puede soslayar.

Veamos por separado cada una de dichas razones.

En primer lugar, es cada vez más pequeño el número de clientes que contrata y paga individualmente su hospedaje; es ya una práctica muy extendida utilizar bonos de hotel, o contratar viajes organizados en una agencia, que será la que se encargue de pagar al hotel en función de los conciertos que existan entre ambos (78).

En estos supuestos, la comunicación, con la antelación prevista, al hotelero, de la conversión efectiva de las reservas en alojamiento (la llamada confirmación de la ejecución del contrato mediante la *rooming list*), convierte la relación jurídica en un verdadero contrato de hospedaje.

El establecimiento queda entonces obligado con los clientes como si hubieran concertado directamente con él el alojamiento, e incluso tendrá frente a ellos la especial responsabilidad del hotelero que consagra el Código Civil. Sin embargo, dado que el pago de dicho hospedaje ya ha sido realizado al operador, los clientes no son deudores frente al establecimiento;

(78) Ha realizado un interesantísimo estudio sobre el contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente en el Ordenamiento español, RODÉS, J., en la *RJC*, 1993, 4, págs. 1027 a 1050. En virtud de este contrato, el hotelero atribuye al «operador» el derecho a disponer en favor de terceros de un determinado cupo de servicios hoteleros y habitaciones durante un período temporal predeterminado, obligándose a prestar el alojamiento si se le comunica el consumo en el plazo convenido. El «operador» se obliga a promocionar la oferta hotelera en el mercado en el que opera y asume los riesgos derivados de la infraestructura, pero no se obliga a consumir el alojamiento reservado, porque tal consumo depende de terceros, los clientes; en su caso el «operador» deberá pagar el hospedaje efectivamente facilitado, al precio y en los términos contratados, y sin perjuicio de que el pago que haya recibido del cliente haya sido superior para posibilitar los márgenes de rentabilidad. En todo caso, el objeto de este tipo de contrato es la celebración de los posteriores contratos de hospedaje.

éste, por tanto, no podrá reclamarles dicho pago de nuevo, ni podrá retener sus bienes en garantía del mismo, ni tendrá preferencia alguna para cobrar sobre ellos.

En definitiva, aunque exista un contrato de hospedaje, el deudor del mismo no es el cliente que lo utiliza, sino el operador; a él deberá dirigirse el establecimiento hotelero en demanda de su pago, y en esta relación entre ellos no se plantea la existencia de una preferencia de cobro como la consagrada para el hospedaje propiamente dicho.

Como garantía de dicho pago, lo que pueden hacer dichos establecimientos es pedir un depósito o pago previo al operador (79).

También disminuye la trascendencia real de la facultad de cobro preferencial del establecimiento hotelero el hecho de que dicha preferencia, con el derecho de retención que la posibilita, sólo recae sobre los bienes muebles existentes en el hotel, y en la mayor parte de los casos el valor de éstos, en cuanto a que puedan venderse y cobrar con el dinero obtenido, no será mucho (80), y ello partiendo del supuesto de que el cliente conserve tales bienes dentro del establecimiento, y no los haya sacado previamente.

Vamos a distinguir varios supuestos en los que dicho valor puede ser más importante

(79) El mismo autor antes citado, RODÉS, J., ha estudiado el (mal llamado) depósito de garantía en los contratos de contingente (reserva) de alojamiento, en la *RJC*, 1995, 4, págs. 1045 a 1064. En relación al mismo destaca que no se puede configurar como depósito propiamente dicho (porque la obligación de custodia y restitución de lo específicamente depositado no casa bien con la transmisión al hotelero de la propiedad del dinero, y el establecimiento de calendarios de recuperación de éste), ni tampoco como una prenda irregular (la doctrina no pone reparos a la atribución al acreedor pignoraticio de la facultad de disponer de la cosa, obligándose a restituir otra cosa equivalente, pero la función de garantía de una obligación no se advierte en estos depósitos que puede realizar el operador, pues éste no se obliga a consumir efectivamente los alojamientos), sino que se acerca más al tipo de una cuenta corriente, con recíproca concesión de crédito y exigibilidad parcial en fechas prefijadas. En cualquier caso, se trata de una obligación conexa con el alojamiento que le sirve de causa, y en realidad de un pago anticipado del mismo, que queda pendiente, lo que hace que en caso de quiebra del establecimiento hotelero no es que el operador pueda compensar su derecho a la devolución del depósito con las deudas que tenga contra él, que podría si son deudas conexas, en opinión de la doctrina más generalizada, sino que estamos ante un pago anticipado de un contrato que queda pendiente, y que en principio interesa mantener para la no depreciación mayor de los activos; el riesgo real será el de la capacidad efectiva del establecimiento para cumplir su prestación pendiente.

(80) Recordemos que el mobiliario, ropa y objetos imprescindibles para la subsistencia del deudor y su familia, así como los instrumentos necesarios para su profesión u oficio, son inembargables, y por tanto no se pueden retener para cobrar sobre ellos. Expresamente establece el artículo 3.878.2 del Código argentino que sobre los bienes inembargables, sobre los que no se podrá ejercer ningún privilegio, tampoco podrá ejercerse el derecho de retención.

a) *Objetos depositados en cajas de seguridad del establecimiento*

De acuerdo con la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, de clasificación de establecimientos hoteleros, todos los establecimientos hoteleros deben ofrecer a sus clientes servicio de custodia; y los de tres, cuatro y cinco estrellas además en caja fuerte individual, sea en recepción o en las mismas habitaciones en un determinado porcentaje; los demás simplemente un servicio de custodia general (81).

Ahora bien, si la caja fuerte se encuentra dentro de la misma habitación, el cliente se puede llevar los objetos cuando quiera, y es absurdo pensar que los va a dejar allí cuando se marcha sin pagar. Y lo mismo ocurrirá aunque la caja se encuentre en recepción, e incluso aunque no haya cajas fuertes individuales; si tiene previsto marcharse sin pagar, irá el día anterior a retirar todos sus objetos, y normalmente no habrá motivo para desconfiar y se le entregarán.

No se puede pensar, por tanto, en que un cliente que sabe que se va a marchar sin abonar su factura utilice los servicios de custodia del hotel, a menos que se le ofrezcan dentro de su misma habitación y los controle personalmente, y si lo hace desde luego irá con anterioridad a la salida a retirar sus objetos; la aplicación de la preferencia en estos casos será un supuesto raro por tanto, y de cualquier manera condicionado a que se pueda utilizar derecho de retención de tales objetos, puesto que una vez

(81) En concreto establece el artículo 78 de dicha Orden Ministerial, que «*En todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que a tal efecto sean entregados, bajo recibo, por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro en los supuestos y en las condiciones establecidas en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil. Sin perjuicio de la obligación a que se refiere el número anterior, en los establecimientos de cinco y cuatro estrellas (también en los de tres, desde el Real Decreto de 15 de junio de 1983, Anexo II, núm. 4) 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 (es éste un supuesto de responsabilidad contractual legalmente limitada, respetando el mínimo inderogable de imputación de dolo y culpa grave, como pone de relieve JORDANO FRAGA, op. cit., pág. 372). En todas las habitaciones, apartamentos o "suites" en lugar que permita su lectura sin dificultad, figurará la indicación, en los idiomas español, francés, inglés y alemán, de que el establecimiento no responde del dinero, alhajas u objetos de valor que no sean depositados en la forma establecida en el número primero de este artículo*». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 46 de la Orden de 28 de octubre de 1968, sobre las ciudades de vacaciones. Incluso los campamentos de turismo (campings) deben tener servicio de custodia de valores en caja fuerte, excepto los de tercera categoría (arts. 12 y sigs. de la Orden Ministerial de 28 de julio de 1966). En términos muy similares se pronuncian las disposiciones autonómicas sobre esta materia.

que salen del establecimiento quedan libres de esta afección, como antes se vio (82).

b) *Coche introducido en el garaje del hotel*

El Decreto de 19 de diciembre de 1970, sobre requisitos mínimos de infraestructura de todo tipo de establecimientos hoteleros y alojamientos turísticos, exige que se ofrezcan facilidades de aparcamiento según las características de la zona con carácter general. Por su parte, la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1978, también para todo tipo de establecimientos, incluye como servicio común comprendido en el precio, y por el que no se podrá exigir suplemento alguno, el de aparcamiento exterior, no vigilado y sin plaza reservada (83).

Ahora bien, de acuerdo con la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sólo los establecimientos situados dentro de núcleo urbano, y de cuatro o cinco estrellas, tienen obligación de tener garaje, cerrado y vigilado, con una capacidad mínima que se establece con relación al número de habitaciones.

En todo caso, el de garaje es normalmente un servicio que se cobra aparte (84), y en definitiva un contrato de garaje autónomo. Por ello en estos supuestos los automóviles no se considerarán un bien del deudor existente en el establecimiento hotelero y sometido al régimen del hospedaje, sino un objeto sometido a un contrato autónomo. De esta forma, no podrán verse afectados por la preferencia que sí alcanza a aquél, y que no podrán ser retenidos para obtener un cobro preferente, sobre su valor, del crédito del hospedaje.

Por otra parte, como la preferencia sólo se concede a los créditos derivados del hospedaje, y no de otros contratos anejos, su aplicación parece excluida con relación a dichos contratos de garaje, por lo que los automóviles de los clientes tampoco podrán ser retenidos para lograr el cobro preferente del crédito derivado de estos últimos.

(82) En estos supuestos de custodia directa estaremos ante un auténtico contrato de depósito. Ahora bien, como dicho depósito es de obligada aceptación para el hotelero por su estrecha conexión con el hospedaje mismo, y salvo supuestos excepcionales, entendemos que los derechos de depositario, sobre todo en lo que se refiere a la retención de los objetos hasta el pago del crédito, deben extenderse no sólo a lo debido por el depósito mismo, sino a todo lo debido por el contrato de hospedaje; e igualmente la preferencia de éste debe aplicarse también sobre dichos objetos.

(83) Recordemos de nuevo la existencia de legislación autonómica.

(84) La legislación turística configura a este servicio como común, por lo que se puede facturar aparte.

Únicamente quedarían sujetos a la preferencia del hotelero los vehículos para cuyo estacionamiento no se hubiera celebrado un contrato independiente, y se encontrasen en las zonas de aparcamiento del hotel, y desde luego siempre que se admita el derecho de retención sobre los mismos.

- c) *Letras de cambio, cheques al portador o dinero en efectivo encontrados en la habitación del cliente una vez que éste ya se ha marchado*

Con relación a estos bienes habría que plantearse la posible aplicación del mecanismo de la compensación (85), en cuya virtud el establecimiento podría aplicar directamente al pago de su crédito los que fuesen necesarios, custodiando los demás si los hubiese, o bien siendo acreedor sólo por el resto si no fuesen suficientes.

Desde el punto de vista civil no parece haber ningún problema para la compensación, pues al tratarse de un crédito de hospedaje no sería aplicable el artículo 1.200 del Código Civil, que excluye aquella cuando las obligaciones proviniesen de depósito o de las obligaciones de depositario (86).

Ahora bien, este criterio sólo es defendible con relación a los bienes simplemente introducidos en el establecimiento, pero no con relación a los supuestos de custodia directa, de verdadero depósito, en los que la compensación debe excluirse por imperativo legal.

Ni siquiera podría defenderse en realidad la compensación respecto de los primeros bienes citados, habida cuenta de que hospedaje se configura como un depósito necesario.

En todo caso, la compensación sólo procede respecto de deudas de dinero o de cosas fungibles u homogéneas.

(85) Artículos 1.195 y 1.202 del Código Civil: La compensación tendrá lugar cuando dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, y su efecto es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tuvieran conocimiento de ella acreedores ni deudores.

(86) Desde luego sería muy aconsejable que tanto la entrada en la habitación como el recuento de los objetos encontrados y la aplicación de este mecanismo de la compensación, se hicieran en presencia de testigos, o incluso mejor de un Notario, que diera fe, para evitar problemas.

- d) *Hay un grupo de bienes, sin embargo, que sí tienen un importante valor, incluso económico, y con respecto a los cuales la retención de los mismos puede suponer un importante estímulo al deudor para pagar; nos estamos refiriendo a ordenadores portátiles, disquettes y demás material informático, a muestrarios y objetos destinados a la venta en general, sobre todo los de gran valor intrínseco, como los de joyas (siempre que sean de propiedad del deudor), y en general a objetos relacionados con la profesión u oficio del deudor*

No obstante, si podemos entender que estos bienes son un instrumento necesario para la profesión tendrán la consideración de inembargables, y por tanto no retenibles.

Finalmente, además de la cada vez menor utilización del contrato de hospedaje de manera aislada, y del relativo valor de los bienes muebles que se suelen introducir en estos establecimientos, encontramos que hay un grave problema para la aplicación de esta preferencia que el Código Civil consagra para el crédito derivado del hospedaje, y es el hecho de recaer sólo sobre los bienes del deudor existentes en el establecimiento.

Si esto se entiende literalmente, una vez salidos los bienes del lugar, cesa la preferencia, por lo que sería imprescindible conceder derecho de retención sobre aquéllos para la efectividad de la misma, y la aplicabilidad de este derecho de retención es muy discutible.

Es muy discutible, por un lado, porque el derecho de retención sólo se concede, y además de manera tácita, para el supuesto de que el establecimiento concurre con otros acreedores y entre en juego la preferencia que consagra el artículo 1.922 del Código Civil, para cuya eficacia es necesario. Pero no se establece de manera expresa y como regla general para cuando su crédito sea el único existente y no entre en juego ninguna facultad de preferencia.

Y lo cierto es que cuando un cliente se marcha sin pagar el hotelero no sabe, ni tiene por qué saber, si existen otros acreedores de la misma persona.

En el caso de que tal situación fuese pública y notoria, entendemos que sí podría utilizar el derecho de retención que el Código implícitamente le concede, pero en la práctica totalidad de los supuestos no sabrá si existen o no otros acreedores, y la posibilidad de retención sólo se reconoce para el supuesto de que sí los haya y deba conservar su preferencia, no como regla general, recordemos de nuevo.

Por otra parte, la única referencia legal expresa al derecho de retención del hotelero se encuentra en el artículo 58 de la Orden Ministerial de 28 de octubre de 1968, de ordenación turística de las ciudades de vacaciones, de acuerdo con el cual

«Las empresas podrán establecer, como condición del hospedaje, la facultad de retener los efectos introducidos en los alojamientos por los clientes, hasta tanto éstos abonen la factura o consignen la cantidad que...»

Si las empresas pueden establecer mediante pacto este derecho de retención, es que no lo tienen legalmente como regla general, aunque sí pudieran gozar de él en los supuestos de pluralidad de acreedores para hacer efectiva su preferencia.

A ello hay que añadir que desde la perspectiva penal, la cuestión de la posible retención no está tan clara, y quizá se podría alegar por el cliente deudor la existencia de los delitos o faltas de apropiación indebida (87), de realización arbitraria del propio derecho (88), o incluso de coacciones (89).

El camino adecuado entonces para el establecimiento hotelero no sería retener el dinero, valores, o en general los bienes del deudor existentes en el local, sino realizar un depósito o consignación judicial de dichos bienes, señalándolos luego para la ejecución en el procedimiento de cobro de la deuda correspondiente.

VI. CONCLUSION

En definitiva, cuando un cliente se marche sin pagar, será raro que el hotelero encuentre bienes suyos dentro del establecimiento, que no se hubiese llevado antes; si los encuentra, normalmente serán de poco valor, o incluso

(87) Artículo 252 del Código Penal: Serán castigados con las penas del artículo 249, o 250 en su caso (prisión de seis meses a seis años), los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable. Artículo 623.4 del mismo Código: Serán castigados con arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses: 4. los que cometan... apropiación indebida... en cuantía no superior a cincuenta mil pesetas.

(88) Artículo 455 del Código Penal: El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.

(89) Artículo 496.1 del Código Penal: El que sin estar legítimamente autorizado impidiese a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas. Artículo 585.5 del Código Penal: Serán castigados con la pena de uno a cinco días de arresto menor o multa de 750 a 7.500 pesetas los que causaren a otro una coacción o vejación injusta de carácter leve.

inembargables; y aunque fuesen muy valiosos, si utiliza su derecho de retención se expone a ser denunciado por el cliente por apropiación indebida o por coacciones.

Por todo ello no creemos que esta preferencia legal se haya utilizado ni se vaya a utilizar mucho en la práctica; de hecho no ha llegado al Tribunal Supremo ningún recurso en este sentido, porque las cantidades dejadas a pagar en los hoteles no suelen ser tan grandes como para justificar la iniciación y continuación de un pleito, y porque la retención necesaria para hacerla efectiva no tiene una clara existencia y podría plantear problemas en el ámbito penal.

De esta forma, la finalidad de esta preferencia, que justificaría económica y socialmente su existencia, y que es la de asegurar el cobro de su crédito a los establecimientos hoteleros, no se cumple en realidad con ella; pervive únicamente por la inercia de la tradición iniciada en 1851, pero no se utiliza en la práctica, siendo poco efectiva e inútil.

Por lo tanto, nosotros abogamos por la supresión de dicha preferencia, porque tal cosa no perjudicaría en realidad a los establecimientos hoteleros, y en cambio ayudaría a clarificar el complejo panorama de las preferencias para cobrar, ya bastante oscuro.

No obstante, entendemos que sí deben arbitrarse, a la vista de su especialísima responsabilidad, y de la obligación legal de prestar sus servicios que tienen, garantías específicas del derecho del hotelero, y garantías *a priori*, que son más efectivas.

Entre ellas podría encontrarse la posibilidad de acudir al Registro de Morosos que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha autorizado a formar a la Federación Española de Hoteles, en demanda de información sobre su futuro cliente, para actuar en consecuencia.

En el supuesto de tratarse de un viajero que contrata individualmente con el hotel, la garantía más efectiva del cobro de su crédito es, para el establecimiento, utilizar la facultad que concede el artículo 11 de la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1978, a cuyo tenor

«El titular del alojamiento podrá exigir a los que efectúen una reserva de plaza un anticipo de precio en concepto de señal, que se entenderá a cuenta del importe resultante para los servicios prestados» (90).

Sí se puede exigir este «depósito» como garantía al hacer la reserva (91), lógicamente se podrá exigir igualmente si el cliente llega directamente al

(90) A continuación el precepto establece los porcentajes máximos permitidos de anticipo y la indemnización que se podrá detraer en caso de anulación de la reserva.

(91) Aunque en realidad no se trata de un depósito propiamente dicho, ni aún de carácter irregular (en el que se faculta al depositario a disponer de lo recibido restituyendo

hotel, aunque no haya avisado previamente, pues el interés tutelado es el mismo (92), y en general se podrá solicitar siempre que se concierte un contrato de hospedaje.

Con este tipo de desembolsos anticipados, el establecimiento tiene mucho más asegurado el cobro de su crédito, al menos hasta la cuantía de aquéllos, que con la atribución de una facultad de cobro preferente.

Si la relación del establecimiento hotelero con los clientes se ha establecido, no de manera directa, sino a través de un operador intermediario (agencia o mayorista de viajes), el mejor modo para el establecimiento de garantizar el cobro de su crédito contra aquélla es también la exigencia de un «depósito» o anticipo previo, puesto que en sus relaciones además no se plantea la existencia de una preferencia de cobro, al no ser el contrato entre ellos de hospedaje, sino de reserva de alojamientos.

En definitiva, nosotros proponemos la imposición, a voluntad del establecimiento hotelero, de un pago anticipado de los servicios prestados, o al menos de una parte de los mismos; de lo que en terminología no muy correcta se suele denominar un «depósito en garantía» de dicho pago.

Este depósito, hoy por hoy dependiente de la voluntad de las partes, podría configurarse como obligatorio, tanto en los supuestos de contratos concertados a través de agencias intermediarias, como en los de contratos concertados directamente con el establecimiento por los clientes, y solucionaría más problemas que la preferencia que hemos estudiado.

en su día el *tantumdem*), porque falta toda intención de transmitir algo en custodia. En todo caso se trataría de una prenda irregular (a la que la doctrina no pone reparos, y en la que se atribuye al acreedor pignoraticio la facultad de disponer de la cosa, obligándose a restituir otra cosa equivalente cuando se cumpla la obligación principal), y en realidad de unas arras confirmatorias que se utilizarán como pago a cuenta del precio definitivo de los servicios, o de la indemnización correspondiente, es decir, de un pago anticipado.

(92) Los artículos 41 y 42 de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1967, de ordenación de apartamentos, «bungalows», y otros alojamientos similares de carácter turístico, distinguen expresamente entre el depósito «en reserva» del alojamiento, y el depósito exigible «en el momento de ocupar» éste, para responder de la pérdida o deterioro de las instalaciones, mobiliario y enseres que sean imputables a los clientes, así como del cumplimiento de las demás obligaciones derivadas del contrato, entre las que se encuentra pagar el precio de dicho alojamiento.

BIBLIOGRAFIA

- AHRENS, E., *Enciclopedia jurídica*, traducida por F. Giner, G. de Azcárate y A. G. de Linares, 3 tomos, Madrid, 1880.
- ALBACAR LÓPEZ, J. L., y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. VI (arts. 1.921 a 1.929), Trivium, Madrid, 1995.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. II, «Derecho de Obligaciones», vol. 1, Bosch, Barcelona, 3.^a ed. de 1975, y 9.^a ed. de 1994.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid.
- ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, T. 1 y 2, Madrid, 1884.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «LOS privilegios crediticios en la jurisprudencia civil», en la *RCDI*, marzo-abril de 1995, págs. 291 a 358.
- AUBRY M. et RAU, M., *Cours de Droit Civil Français*, T. III, 5.^a ed., Marchal et Billard ed., Paris, 1900.
- BARASSI, L., *Instituciones de Derecho Civil*, traducción y notas de comparación al Derecho español por R. García de Haro de Goytisolo, vol. II, Bosch, Barcelona, 1955.
- BARRIO Y MIER, M., *Historia general del Derecho español*, 4 tomos en dos volúmenes, Madrid (no figura la fecha, pero es de principios de siglo).
- BAUDRY-LACANTINERIE G. et DE LOYNES, P., *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. XXIV «Du nantissement» (T. I), 3.^a ed., Paris, 1906.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «El derecho de retención», en la *RDP*, núm. 424-425, julio-agosto de 1952, págs. 1005 a 1032.
- *El derecho de retención en el Código Civil español*, Universidad de Salamanca, 1955.
- BIANCHI, E., *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale*, Unione Tipografico Editrice, Napoli-Torino, 1924.
- BIONDI, B., *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1972.
- BONET CORREA, J., *Régimen jurídico del hospedaje y hostelería*, Rialp, Madrid, 1955.
- *Código Civil concordado y con jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1993.
- BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè ed., Milano, 1987 (reproduce la 10.^a edición de G. Giappichelli ed., Torino, 1946).
- BONNECASE, J., *Précis de Droit Civil*, T. II, 2.^a ed., Rousseau ed., Paris, 1939.
- *Supplement V al Traité théorique et pratique de Droit Civil français* de Baudry-Lacantinerie, Paris, 1930.
- CABANELLAS, G., «Depósito necesario, Derecho de retención, Hospedaje y Privilegio», en el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, revisado por L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1979.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Dependientes (responsabilidad por), Preferencia y prelación de créditos, y Privilegio», en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vols. II y III, Civitas, Madrid, 1995.
- CAMACHO EVANGELISTA, F., «Las siete partidas del Rey Alfonso X El Sabio (del estado de la cuestión)», en los *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. V, págs. 475 a 516, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1972.

- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La retención de cosa ajena*, Bosch, Barcelona, 1990.
- CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, traducción de la 1.^a edición por M. Zorrilla Ruiz, tomo I, vol. I, Bosch, Barcelona, 1960.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, Común y Foral*, T. III: «Derecho de Obligaciones», 11.^a ed., revisada y puesta al día por G. García Cantero, Reus, Madrid, 1974, y 16.^a ed., revisada y puesta al día por el mismo autor, Reus, Madrid, 1992.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., «Prelación de créditos», en la *RGD*, T. 49, marzo de 1993, núm. 582, págs. 1279 a 1318.
- CIAN, G., y TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice Civile*, 4.^a ed., Cedam, Padova, 1992.
- CICCARELLO, S., «Privilegio (Diritto Privato)», en la *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXV, págs. 723 a 746, Giuffré ed., 1986.
- CIURNELLI, G. (y otros), // *contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Giuffré ed., Milán, 1994.
- *Code Civil français*, Jurisprudence Générale Dalloz, Paris, y Litec, París.
- *Codice Civile italiano*, Giuffré ed., Milano.
- *Código Civil português*, Ediforum, Lisboa.
- *Code fédéral des obligations*, y *Code Civil*, Suiza.
- *Código Civil holandés*, Kluwer, Deventer (Holanda).
- *Código Civil argentino*, Zavalia, Buenos Aires.
- *Código Civil de Cuba* (ley núm. 59).
- *Código Civil chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- *Código Civil de Méjico*, Univ. Autónoma de México, México.
- COLÍN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2.^a ed. francesa por la RGLJ, con notas sobre el Derecho Civil español por D. De Buen, T. IV revisado por F. Ortega Lorca, 1981, y T. V revisado por P. Marín Pérez, 1982, Reus, Madrid.
- *Comentario del Código Civil*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- CHESI, G., *NUOVO Codice delle cause di prelazione*, Zanichelli ed., Bolonia, 1990.
- CHEVALLIER, J., *Droit Civil*, 1.^a année, 5.^a ed., Sirey, 1972.
- CHIRONI, G. P., *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I «Parte Generale», Ed. Fratelli-Bocca, Torino, 1917.
- DE ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, Livraria Almedina, Coimbra, 6.^a ed. de 1994, y 7.^a ed. de 1998.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., «El derecho de retención del mandatario, ¿un derecho de prenda?», en *AC*, 1988, págs. 521 a 533.
- DE BUEN, D., *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil*, de Colin y Capitant cit., Reus, Madrid.
- DE COSSÍO Y CORRÀL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, T. I «Parte General, Derecho de Obligaciones», 1.^a ed., Alianza Editorial, Madrid, 1975, y 2.^a ed., revisado por M. De Cossío y Martínez, y J. León-Castro Alonso, Civitas, Madrid, 1988.
- DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, A., «Consideraciones en torno al privilegio en el Código Civil», en la *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 11, 1958, págs. 3 a 26.

- DEL POZO CARRASCOSA, P., *El derecho de retener en prenda del depositario*, PPU, Barcelona, 1989.
- DEL VECCHIO, F., *I privilegi nella legislazione civile fallimentare e speciale*, Giuffrè ed., Milán, 1994.
- DI FILIPPO, A., y VIGNALE, M., *La responsabilità patrimoniale. Privilegi. Pegno*, Ed. Jandi Sapi, Roma, 1966.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I «Introducción. Teoría del Contrato. Las relaciones obligatorias», 1.^a ed., Tecnos, Madrid, 1979, y vol. II «Las relaciones obligatorias», 4.^a ed., 1993, y 5.^a ed., 1996, Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1, 1.^a ed., 1973, y vol. II/2, 2.^a ed., 1998, Tecnos, Madrid.
- *Sistema de Derecho Civil* vol. II, 7.^a ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- *Diccionario Jurídico Espasa*, Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, Madrid, 1992.
- *Dizionario Giuridico Romano (a cura di F. del Giudice e S. Beltrani)*, Esselibri-Simone, Napoli, 1995.
- DUPONT DELESTRAINT, P., *Droit Civil. Sûretés. Privilèges et hypothèques. Publicité foncière*, 3.^a ed., Dalloz, Paris, 1973.
- *El Código Civil: Debates parlamentarios* (con un estudio preliminar de J. L. de los Mozos), T. 1 y 2, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General del Senado, Madrid, 1989.
- *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, vols. II y III, 1995.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. II «Derecho de Obligaciones», segunda parte, por L. Enneccerus, traducción española con anotaciones de B. Pérez González y J. Alguer, 3.^a ed., con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por J. Ferrandis Vilella, Bosch, Barcelona, 1966.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III «Obligaciones y Contratos», 6.^a ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- ESTRADA ALONSO, E., «La prelación de créditos en la ejecución singular», en *AC*, núm. 46, 15 al 21 de diciembre de 1997, págs. 1147 a 1175.
- FRAGALI, M., «Contratto di albergo», en la *Enciclopedia del Diritto*, T. I, págs. 963 a 1002, Giuffrè ed., 1958.
- *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces* (siglo VII).
- *Fuero Real de España* (seguramente anterior a 1255).
- *Fuero Viejo de Castilla* (año de 1356).
- GAETANO, G. P., «I privilegi», en el *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por F. Vassalli, vol. XIV, T. I, págs. 27 a 176, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1956.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Cometa, S.A., Zaragoza, 1974.
- GARRIDO GARCÍA, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000.

- GIL RODRÍGUEZ, J., «La protección del crédito, II», en el *Manual de Derecho Civil*, de Puig i Ferriol, Geste-Alonso y Calera, Gil Rodríguez y Hualde Sánchez, T. II «Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato», Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «El crédito privilegiado en el Código Civil», en el *ADC*, 1958, págs. 435 a 484.
- *La prelación de créditos en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1962.
- «Comentario a los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil», en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXIV, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988 (T. III de las Obras Completas).
- JORDANO FRAGA, F., «Comentario a la sentencia de 7 de enero de 1994», en los *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo de 1994, núm. 34, págs. 357 a 377.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; LUNA SERRANO, A., y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, T. II «Derecho de Obligaciones», vol. I, Bosch, Barcelona, 2.^a ed. 1985, y 3.^a ed. 1994. T. V «Derecho de Sucesiones», 1998.
- LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. II «Derecho de Obligaciones» (3.^a ed. 1995, 4.^a ed. 1996, 5.^a ed. 1998). T. III «Contratos» (3.^a ed. 1995, 4.^a ed. 1996, 5.^a ed. 1998).
- LÓPEZ ALARCÓN, M., *El derecho de preferencia*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1960.
- LUZZATI, A. I., *Dei privilegi. Commento teorico-pratico del Codice Civile italiano*, 2.^a ed., Unione Tipografico Editrice, Torino, 1895.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. XII. Artículos 1.921 y sigs., 6.^a ed., revisada por J. J. Gómez Ysabel, Reus, Madrid, 1973.
- MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Droit Civil*, T. III, vol. 1 «Les suretés. La publicité foncière», Sirey, Paris, 1971.
- MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. española de Santiago Sentís Selendo, T. IV, Buenos Aires, 1955.
- MORENO MOCHOLÍ, «Convivencia, subarriendo y hospedaje (estudio sobre el art. 27 de la Ley de Arrendamientos de fincas urbanas)», en la *RDP*, 1953, págs. 111 a 121.
- NAVARRETE, A., «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en la *RDM*, octubre-diciembre de 1958, págs. 265 a 281.
- *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (año de 1805).
- *Nueva Enciclopedia Jurídica*, C. E. Mascareñas dir., Seix, Barcelona.
- *Nueva Recopilación de las Leyes de España* (año de 1567), y *Suplemento* de las leyes de ésta no recogidas en la Novísima (año de 1808).
- *Ordenamiento de las Leyes de Alcalá de Henares* (año de 1348).
- PELLISÉ PRATS, B., «Depósito», en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, dirigida por C. E. Mascareñas, T. VI, págs. 867 a 879, Seix, Barcelona, 1954.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El anteproyecto del Código Civil español (1882/1888)*, Madrid, 1965.

- PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, 1.^a ed., Imprenta Asilo de Huérfanos S. C. de Jesús, Madrid, 1930.
- POCHINTESTA, F., *Dei privilegi e delle ipoteche secondo il Codice Civile italiano*, vol. I, Libreria Editrice Brero, Torino, 1880.
- PUIG I FERRIOL, LL.; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C; GIL RODRÍGUEZ, J., y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Civil*, T. II «Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato», Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- RODES, J. E., «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente en el Ordenamiento español», en la *RJC*, 1993, 4, págs. 1027 a 1050.
- «El (mal llamado) depósito de garantía en los contratos de contingente (reserva) de alojamiento», en la *RJC*, 1995, 4, págs. 1045 a 1064.
- RODRÍGUEZ BUJÁN, J., «La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes según el Derecho español y alemán», en *RGLJ*, 1974, II, págs. 149 a 169.
- RUBINO, D., «La responsabilidad patrimonial. II pego», en el *Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por F. Vassalli, vol. XIV, T. I, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1956, págs. 5 a 25 (*La responsabilidad...*) y 177 y sigs. (*Il pego*).
- SABATER BAYLE, I., «La facultad de retención posesoria», en la *RJN*, núm. 13, enero-junio de 1992, págs. 75 a 101.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, 6 tomos, Madrid, 1910.
- SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «La facultad de retención posesoria», en los *Estudios de Derecho Civil*, I, págs. 245 y sigs., Pamplona, 1978.
- SANTOS BRIZ, J., «Comentarios a los artículos 1.921 y siguientes», en el *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por J. L. Albacar López, T. VI, Trivium, Madrid, 1991.
- *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Licenciado Gregorio López de Tovar, del Consejo Real de Indias de S.M.*, traducida y adicionada por I. Sanpontos y Barba, R. Martí de Eixala, y J. Ferrer y Subirana, Imp. A. Bergnes y C.º, Barcelona, 1844.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.º R. (coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- VIÑAS MEY, J., «El derecho de retención», en la *RDP*, 1922, págs. 102 a 115.
- «Más sobre el derecho de retención», en la *RDP*, 1923, págs. 1 a 23.
- VOIRIN, P., *Manuel de Droit Civil*, 21.^a ed., T. I, par Goubeaux, G., París, 1984.

PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ

Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia