

Responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos en las viviendas de uso turístico

Host responsibility for the effects introduced in tourist dwellings

por

MANUEL GARCÍA MAYO
Profesor Doctor. Universidad de Sevilla

RESUMEN: La falta de una legislación estatal que regule las viviendas de uso turístico ha conllevado una discusión sobre la naturaleza jurídica y, con ella, sobre el régimen jurídico aplicable al contrato por el que se cede el uso de este tipo de viviendas. Pese a su consideración mayoritaria como contrato de hospedaje, hay una obligación esencial del hospedero que no le es aplicable al anfitrión de una vivienda de uso turístico: la custodia de los efectos introducidos por los huéspedes.

ABSTRACT: *The lack of state legislation that regulates tourist dwellings has led to discussion about the legal nature and, with it, the legal regime applicable to the contract by which the use of this type of housing is transferred. Despite its majority consideration as a accommodation contract, there's an essential obligation of accommodation that isn't applicable to the host of a tourist dwellings: the custody of the effects introduced by the guests.*

PALABRAS CLAVE: Vivienda de uso turístico. Economía colaborativa. Contrato de hospedaje. Depósito. Responsabilidad objetiva. Alojamiento turístico. Custodia.

KEY WORDS: *Tourist dwellings. Collaborative economy. Accommodation contract. Deposit. Strict liability. Tourist accommodation. Custody.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL FENÓMENO DE LA «ECONOMÍA COLABORATIVA».—II. LA «ECONOMÍA COLABORATIVA» EN EL SECTOR DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO: LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO (VUT): 1. CONCEPTO DE VUT. 2. REGULACIÓN DE LAS VUT.—III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE VUT: 1. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE HOSPEDAJE. 2. LA CONSIDERACIÓN DE LA CESIÓN DE VUT COMO CONTRATO DE HOSPEDAJE.—IV. LA RESPONSABILIDAD DEL FONDISTA O MESONERO POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS POR EL HUÉSPED: 1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL FONDISTA O MESONERO. 2. CRÍTICA A LA CALIFICACIÓN COMO DEPÓSITO NECESARIO: SU CONSIDERACIÓN COMO DEBER LEGAL DE PROTECCIÓN. 3. LA CUSTODIA INDIRECTA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE.—V. LA RESPONSABILIDAD DEL ANFITRIÓN POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS EN LA VUT: 1. LA *RATIO* DE LA NORMA. 2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA BASADA EN EL RIESGO PROFESIONAL: A) *La existencia de un establecimiento abierto al público.* B) *La posición del sujeto responsable:* a) Suceso interno al ámbito de control del deudor. b) La labor de conservación y vigilancia.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES. —VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL FENÓMENO DE LA «ECONOMÍA COLABORATIVA»

De un tiempo a esta parte vienen apareciendo nuevas formas de contratación y organización de la actividad económica, fruto de lo cual es que en los últimos años hayamos asistido en nuestro país a un resurgir de la conocida como «economía colaborativa» o «consumo colaborativo», donde tienen cabida actividades de diversa naturaleza¹.

Hablamos de resurgir de este «consumo colaborativo» en tanto que, como mantiene el Comité Económico y Social Europeo, con tales términos no nos estamos refiriendo a otra cosa que a «la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar a través de la tecnología moderna y las comunidades», razón por la que «no es ninguna idea nueva, sino más bien el rescate de una práctica que se beneficia de la tecnología actual para que

el servicio sea mucho más eficiente y escalable»². La causa principal de este resurgir —de este auge— de la «economía colaborativa» no es otra, pues, que el gran avance en las tecnologías de la comunicación que, unido a la crisis económica que se ha venido produciendo, ha impulsado a los consumidores a la búsqueda de alternativas más económicas que las tradicionales³.

Estas fórmulas de negocios, si bien contaban con una serie de aspectos que lo identificaban (relación entre particulares, existencia de bienes infrautilizados, idea de compartir o colaborar o utilización de medios de comunicación electrónicos), se han ido, en cierta medida, desdibujando. Nótese, por un lado, que, actualmente, dentro de la «economía colaborativa» tienen cabida, no solo operaciones basadas en el intercambio o cooperación sin ánimo de lucro alguno, sino también otras actividades consistentes en la prestación de servicios o cesión de bienes a cambio de una remuneración, lo que hace que, al fin y al cabo, no se esté cooperando, sino vendiendo un servicio, perdiéndose, así, la filosofía —la esencia— de la economía colaborativa. También comenzó siendo un mercado entre particulares (*peer-to-peer* [P2P]), pero han terminado apareciendo prestadores de servicios profesionales. Siendo precisos, es —cuanto menos— cuestionable que se pueda extender la noción de cesión colaborativa de alojamientos a contratos en los que existe un ánimo de lucro o interviene un profesional. Tal idea está más bien referida a las cesiones de alojamientos que tradicionalmente se han venido realizando, por ejemplo, entre personas de colectivos con aficiones determinadas, estudiantes, etc.⁴. Lo contrario se trataría, más bien, de un contrato oneroso ordinario.

Sea como fuere, esta economía colaborativa es una realidad que cuenta con una serie de ventajas (aumento de la competencia, reducción de márgenes, mayor eficiencia productiva, desarrollo de una economía sostenible...), pero también con algunos inconvenientes, como la competencia desleal con los operadores tradicionales, la protección de datos, o la ilegalidad ante la ausencia de normas que regulen estas nuevas actividades que traen causa de la economía colaborativa, conduciendo, así, a una alta litigiosidad y a una incuestionable inseguridad jurídica. Esta ilegalidad es el origen del problema que abordamos en este trabajo.

II. LA «ECONOMÍA COLABORATIVA» EN EL SECTOR DEL ALOJAMIENTO TURÍSTICO: LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO (VUT)

1. CONCEPTO DE VUT

Entre los sectores en los que ha tenido especial incidencia la «economía colaborativa» se encuentra el sector del alojamiento turístico.

Tradicionalmente, los diversos tipos de alojamiento turístico se han venido clasificando, con carácter general, en dos grandes grupos de establecimientos: hoteleros y extrahoteleros. En la primera categoría cabría incluir hoteles, hostales o pensiones. En la segunda, estarían incluidos los apartamentos turísticos, campamentos de turismo o campings, casas rurales, albergues, etc.

Concretamente dentro del alojamiento extrahotelero, y en el marco —al menos aparente— de la «economía colaborativa», cabe situar el objeto de este trabajo: el alojamiento realizado entre particulares, configurado como actividad en virtud de la cual estos arriendan sus viviendas —o parte de ellas— a terceros a cambio de una remuneración económica y a través de una plataforma web que opera como intermediario, sirviendo de conexión entre arrendador e inquilino y obteniendo, a su vez, por ello, una comisión. Es lo que se conoce como «viviendas de uso turístico» (en adelante, VUT).

Ya la Comisión, al definir la economía colaborativa, advirtió que la misma implica a tres categorías de agentes: prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias, pudiendo tratarse de particulares que ofrecen servicios de manera ocasional o prestadores de servicios que actúen a título profesional; usuarios de dichos servicios; e intermediarios que, a través de una plataforma en línea, conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»)⁵. Esto, trasladado al alojamiento colaborativo, se traduce, pues, en la intervención de varias partes: el arrendador (conocido como «anfitrión»), quien solicita el alojamiento (conocido como «huésped») y la plataforma digital.

La vivienda particular de uso turístico ha de diferenciarse, ante todo, de otra figura similar que ha estado presente en la normativa turística desde hace años: el apartamento turístico⁶. La diferencia estriba, en primer lugar, en el número de unidades de alojamiento que componen una y otro: la VUT puede ser explotada independientemente, mientras que, para el caso de los apartamentos turísticos, la normativa turística suele exigir un mínimo⁷ de viviendas susceptibles de uso independiente, debiendo explotarse en régimen de bloques (todas las unidades de alojamiento se ubican en un mismo inmueble) o conjuntos (las viviendas se reparten entre varios inmuebles), sometidas en cualquier caso al principio de unidad de explotación (ROMÁN MÁRQUEZ, 2017, 577)⁸. En segundo lugar, la diferencia se encuentra en que, en el caso de los apartamentos turísticos, se exigen determinados servicios en función de su categoría, como puede ser el servicio de recepción (*vid.* art. 23 del Decreto andaluz 194/2010)⁹.

Este alquiler de viviendas privadas entre particulares con un fin turístico —al que nos venimos refiriendo— no es algo nuevo. El surgimiento, en los últimos años, de gran número de páginas webs especializadas en poner en contacto a propietarios con potenciales usuarios, unido al aumento en el uso de las nuevas tecnologías, es lo que ha incrementado de una forma

estrepitosa el número de arrendamientos de este tipo¹⁰. El preámbulo del Decreto andaluz 28/2016 se refiere, en este sentido, *«a las nuevas formas de viajar, el deseo de las personas turistas de tener una relación más directa con las personas residentes del destino que eligen, la irrupción de las nuevas y rápidas formas de comercialización, directas y sin intermediarios, en especial numerosos portales de Internet»*.

Entre las ventajas de este tipo de alojamientos destaca su mayor comodidad para familias, la experiencia de vivir como un local, o los precios más reducidos que suelen tener¹¹. Sin embargo, paralelamente a este auge del alquiler de VUT entre particulares, se ha originado una importante competencia para el sector hotelero tradicional, que se ha afanado en criticar este tipo de alojamiento basándose, fundamentalmente, en la ausencia de controles, el aumento de la economía sumergida, la violación de derechos de los consumidores en materia de seguridad y calidad, los problemas de convivencia en las comunidades de vecinos, la degradación de la imagen de las ciudades o el encarecimiento de los precios de los alquileres en determinadas zonas causado por la decisión de gran número de propietarios de destinar sus propiedades al alojamiento turístico y no al alquiler residencial¹².

En lo que a nosotros interesa en este trabajo, uno de los problemas más importantes que presenta el alquiler de VUT es el de determinar qué normas han de regularlo.

2. REGULACIÓN DE LAS VUT

El problema anunciado de la regulación de las VUT trae causa, en gran parte, de la sustitución —al menos aparente— que se ha venido produciendo de la regulación estatal por una regulación autonómica.

Si nos retrotraemos en el tiempo, con carácter preconstitucional, la Orden de 17 de enero de 1967, por la que se aprueba la ordenación de los apartamentos, bungalows y otros alojamientos similares de carácter turístico, se refería, en su preámbulo, a la distinción entre alojamiento turístico y el simple arrendamiento de vivienda amueblada¹³. Fue ya el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales, el que se refirió a la vivienda turística vacacional, básicamente para diferenciarla de los apartamentos turísticos, definiéndola como *«unidades aisladas de apartamentos, bungalows, villas y chalés y similares y, en general cualquier vivienda que con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezcan en régimen de alquiler por motivos vacacionales o turísticos»*.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 supuso, no obstante, un hito esencial en el desarrollo legislativo de las VUT. El ar-

título 148.1.18 de la Constitución Española reserva a las comunidades autónomas (en adelante, CCAA) la competencia exclusiva en materia de «*promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial*», mediante la atribución expresa de la misma a través de los Estatutos de autonomía, al mismo tiempo que el Estado no se reserva ninguna competencia directa en materia de turismo. Precisamente, esta previsión es el motivo que lleva al legislador, a través del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, a derogar tanto la Orden como el Real Decreto anteriormente referidos, poniendo fin, así, a un bloqueo normativo estatal que carecía de sentido a la vista de la antedicha previsión constitucional.

Si bien en la década de los noventa, haciendo uso de tal previsión constitucional, algunas CCAA empiezan a regular sobre las viviendas vacacionales¹⁴, el punto de inflexión se produce con la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (en adelante, Ley 4/2013), que, a los efectos que interesan en este trabajo, introduce una importante modificación en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU).

Hasta el año 2013, es decir, hasta que tiene lugar la anunciada modificación, la cesión de uso de viviendas privada con fines turísticos era encuadrada en la modalidad de arrendamiento para uso distinto de vivienda, concretamente como arrendamiento de temporada, previsto en el artículo 3.2 LAU, en virtud del cual «*tendrán esta consideración [arrendamiento para uso distinto del de vivienda] los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, [...]*», siendo, pues, la nota esencial —el criterio definidor— la finalidad del alquiler, y no su duración¹⁵. Estos arrendamientos, según establece el artículo 4.3 LAU, se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el título III de la LAU y, supletoriamente, por lo establecido en el Código civil; ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado primero del precepto, según el cual, los arrendamientos regulados en la LAU «*se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los títulos I y IV de la misma y a lo dispuesto en los apartados siguientes de este artículo*».

Sin embargo, la Ley 4/2013, según hemos anunciado, modifica la LAU e introduce una nueva letra (letra e) en el artículo 5, que contiene la lista de exclusiones del ámbito de aplicación de la ley. El tenor del artículo 5.e) LAU, tras la reciente modificación operada por el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, conserva la siguiente redacción: «*e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda¹⁶ amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de*

su normativa sectorial turística»¹⁷. Se excluyen, así, de la LAU, las cesiones de uso de viviendas que cumplan los requisitos referidos, entre los que cabe destacar la necesidad de que exista una normativa sectorial¹⁸ y que la misma sea aplicable a la cesión de que se trate. En lo no dispuesto por la norma sectorial se regirá por las disposiciones generales del contrato de arrendamiento contenidas en el Código civil, lo cual supone la aplicación de la teoría general del contrato del Código civil en muchos extremos (fundamentalmente, en lo que se refiere a dinámica y régimen de eficacia del contrato).

Tal exclusión¹⁹ se debe, según puede observarse en el preámbulo de la Ley 4/2013, a que *«en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica»*²⁰, a lo que se añaden otras causas reflejadas en los preámbulos de las normas autonómicas.

A aquellas otras cesiones que, por el contrario, no cumplan tales requisitos, se les aplicará el régimen que las venía rigiendo hasta la modificación de la LAU operada en el año 2013, es decir, el de los arrendamientos de temporada —según hemos advertido más arriba—, pues así lo contempla el propio Preámbulo de la Ley 4/2013: *«la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación»*. No obstante, muchas de las previsiones del régimen contenido en la LAU para el arrendamiento de temporada casan mal con las cesiones de VUT, que, en muchas ocasiones, son de pocos días (v. gr. la previsión del artículo 36 LAU, en virtud del cual a la celebración del contrato será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico en cantidad equivalente a dos mensualidades).

En la actualidad, en el marco de sus competencias de ordenación de la actividad turística, las diecisiete comunidades autónomas cuentan con legislación sobre el sector turístico, a lo que se suma que gran parte de ellas cuentan además con normativa relativa a la cesión de uso de VUT, configurándolo como una nueva tipología de arrendamiento²¹.

Estas normas autonómicas utilizan diferentes denominaciones (viviendas de uso turístico, viviendas con fines turísticos, viviendas turísticas o viviendas vacacionales) para referirse a una misma cosa: viviendas particulares que, con determinadas dotaciones, instalaciones y servicios, de forma habitual y mediante precio, son destinadas a servir de alojamiento turístico a través de la cesión de su uso. Entre la doctrina, MORENO-TORRES, partiendo del artículo 5.e) LAU, define el alojamiento en VUT

como «aquel contrato mediante el cual se cede temporalmente mediante precio el uso de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato» y precisa que el hecho de que se comercialice mediante canales de oferta turística no es un elemento definitorio, sino una circunstancia indicativa de la existencia de una actividad turística (MORENO-TORRES HERRERA, 2018, 208).

El problema no es que se utilicen diferentes denominaciones, sino que esta dispersión normativa lleva consigo la falta de una mínima uniformidad entre las diferentes CCAA en algo tan básico como es el propio concepto de VUT y el ámbito de aplicación de la norma. En esa conceptualización, las CCAA, aun partiendo de lo dispuesto en el artículo 5.e) LAU, utilizan distintos criterios²² para delimitar aspectos tan básicos como: la habitualidad²³, la comercialización, el precio, la temporalidad, el régimen de cesión²⁴ y las exclusiones²⁵. También es notablemente dispar la normativa autonómica al regular, con gran minuciosidad, el mobiliario, equipamiento, características y servicios con que han de contar las viviendas, o la capacidad habitativa de las mismas.

Ha sido discutido si el contenido jurídico-obligacional del contrato que vincula a las partes es competencia exclusiva del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8^a de la Constitución Española (*vid.* STC 71/1982, de 30 de noviembre)²⁶, en cuyo caso, como mantiene GARCÍA GARCÍA, las disposiciones de CCAA sin derecho civil foral o especial propio, sobre perfección, contenido contractual, consumación o régimen de extinción, entre otras, limitarían su eficacia a la esfera administrativa (SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 158); o si, por el contrario, las CCAA, además de ser competentes respecto al régimen jurídico aplicable a la actividad turística, lo son, también, respecto a la relación contractual, por entenderse la exclusión del artículo 5.e) LAU como una delegación —o dejación— a tal efecto²⁷. Sea como fuere, lo cierto es que las normas autonómicas están centradas, fundamentalmente, en buscar una homologación con la regulación turística de los establecimientos hoteleros tradicionales, fijando una serie de requerimientos en cuanto a equipamiento, obligaciones de información o inscripciones en registros (NOGUEIRA LÓPEZ, 2018, 239). Quedan, así, resueltas, las cuestiones administrativas, pero no se determina el régimen jurídico aplicable al contrato de cesión de VUT (LÓPEZ BARBA, 2018, 570), lo cual pasa, ante todo, por determinar la naturaleza jurídica de la referida cesión. Como defiende FERNÁNDEZ PÉREZ, la cuestión es determinar qué tipo de contrato es el que están regulando las normativas autonómicas; de concluirse que nos encontramos ante un contrato de arrendamiento, se regularía por la voluntad de las partes y, en su defecto, por lo establecido en el Código civil —dada la exclusión de la LAU— (FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 155).

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE VUT

1. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE HOSPEDAJE

A pesar del fuerte impacto que el turismo tiene en España, lo cierto es que el contrato de hospedaje no cuenta en nuestro país con una definición legal ni con una regulación propia en el Derecho privado —con un régimen jurídico—, razón por la cual es calificado como contrato atípico²⁸, y así debe de ser según algunos autores²⁹. Únicamente el artículo 26 de la derogada LAU de 1946, se acercaba al concepto de hospedaje para diferenciarlo del subarriendo: «*Cuando el inquilino tome a su cargo la manutención, mediante precio, de los que con él ocupen la vivienda, el contrato se considerará hospedaje y sometido a las disposiciones que regulen la materia*». En la actualidad, únicamente existen algunas referencias al hospedaje en el Código civil a la hora de tratar la responsabilidad de fondistas y mesoneros por los efectos introducidos en sus instalaciones (arts. 1783 y 1784 CC), el carácter preferente de los créditos de hospedaje sobre los muebles del deudor existente en la posada (art. 1922.5º CC), o la prescripción de tres años de las acciones para el abono a los posaderos de la comida y habitación (art. 1967.4º CC).

Esta situación contrasta con el ámbito del Derecho público, donde sí existe una serie de disposiciones administrativas, de carácter estatal y autonómico, que concretan distintos aspectos del turismo (v. gr. clasificación, características y requisitos de los establecimientos hosteleros) y de la actividad hotelera, y que acaban influyendo en el hospedaje, restringiendo la autonomía de la voluntad de las partes al formalizar el contrato hasta tal punto que se ha venido hablando de la «publicación del Derecho Privado» y, con él, del contrato de hospedaje (BLANQUER CRIADO, 1999, 300).

Así pues, ante la ausencia de una regulación propia del contrato de hospedaje, han sido los usos, las costumbres, las normas reglamentarias y los pactos entre las partes los que han configurado en gran medida el contenido del contrato, creando una especie de tipicidad «social» (BADENAS CARPIO, 2000, 286; GARCÍA LUENGO, 2001, 61). Se aplicarán, así, en primer lugar, los acuerdos de las partes siempre que sean conformes con los límites del artículo 1255 del Código civil y, en su caso, de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación; en segundo lugar, las normas previstas en el Código civil para el hospedaje, así como las normas generales del Código civil sobre obligaciones y contratos y las previstas para los contratos que guarden relación con las prestaciones integrantes del hospedaje (depósito, arrendamiento, compraventa), además de los usos que se han ido consolidando en la práctica y, finalmente, las consecuencias derivadas de la buena fe y los usos (art. 1258 CC) (REPRESA POLO, 2004, 40).

En la doctrina, el hospedaje es definido como un «contrato *sui generis*, de carácter complejo, consensual y bilateral, en virtud del cual una de las partes (el titular del albergue u hotel) se obliga con respecto a la otra (huésped o viajero) a cederle el uso de una o más habitaciones, a prestarle ciertos servicios, a la custodia de su equipaje y a la reventa de ciertos objetos o energías industriales, a cambio de una contraprestación en dinero» (BADENAS CARPIO, 2000, 285)³⁰. Su independencia y naturaleza *sui generis* viene otorgada porque su causa —su función económico-social— es diferente de la de cualquier otro contrato: «mediante el hospedaje, cuya causa es onerosa (art. 1274 CC), una de las partes (huésped) lo que trata de procurarse es un alojamiento acompañado de ciertos servicios por un tiempo determinado; mientras que la otra lo que busca es una remuneración en contraprestación al alojamiento y servicios prestados a la otra parte» (BADENAS CARPIO, 2000, 296).

ORTIZ DE MENDÍVIL, refiriéndose a la diferencia entre el contrato de hospedaje y el de arriendo o subarriendo, llegó a considerar que únicamente la matización en torno al criterio de los servicios podía despejar las dudas en los casos límites: «este criterio es definitivo para la fijación del concepto». En tanto que el subarrendamiento, al igual que el hospedaje, puede incluir prestaciones de servicios, el autor intenta distinguir, entre estos últimos, aquellos servicios personales, considerando por tales tanto los que el dador de servicios preste directa y personalmente a través de su personal capacidad de trabajo, como los que preste a través de personas interpuestas a él ligadas por vínculos laborales; entre los servicios no personales refiere los suministros de electricidad, agua, etc. Partiendo de tal distinción, considera que en todo contrato de hospedaje el alojamiento coexiste con la prestación de otros servicios, algunos de los cuales son de naturaleza «personal», mientras que, en aquellos contratos que no son de hospedaje, los servicios que se incluyen no merecen la calificación de «personales» (ORTIZ DE MENDÍVIL, 1970, 63 y sigs.).

En nuestra jurisprudencia el contrato de hospedaje también es definido como un contrato atípico de tracto sucesivo y de naturaleza compleja «*en el que se combinan el arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales) de obra (para comida) y depósito, para los efectos que introducen*» (STS de 20 de junio de 1995); la STS de 15 de marzo de 1990 dice, por su parte, que el depósito necesario «*deriva del contrato de hospedaje, del que forma parte [...] no constituyendo (el depósito hotelero) un contrato de depósito autónomo e independiente, distinto de la prestación por el hotel de los varios servicios integrantes del complejo contrato de hospedaje*».

Tradicionalmente, se ha defendido el carácter complejo o mixto del contrato de hospedaje, entendiéndose por tal «aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más

negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte propias de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí. Cuando todas o algunas de las prestaciones características de dos o más contratos se encuentran en relación de recíproca coordinación, tendremos un negocio mixto» (JORDANO BAREA, 1951, 328). En el caso del hospedaje, tal calificación se ha justificado en la habitual combinación de prestaciones propias de varias figuras contractuales: arrendamiento de cosas (para la habitación); arrendamiento de servicios (para los servicios personales); el de obra (para la comida) o el de depósito (para los efectos introducidos en el hotel) (PÉREZ SERRANO, 1930, 110)³¹. Servicios o prestaciones que, por otra parte, podrán variar de un contrato de hospedaje a otro e irán cambiando de una época a otra (v. gr. la contratación de la manutención con quien ofrece el alojamiento no es tan habitual en la actualidad). No obstante, hay incluso quien, como REPRESA POLO, defiende que el hospedaje no tiene por qué ser un contrato complejo, pudiendo ser simple cuando la única prestación que se pacte sea el alojamiento, en tanto que aquellas otras prestaciones de carácter esencial que acompañan al alojamiento (el depósito necesario de los efectos introducidos por el huésped, la limpieza, el mantenimiento de la instalación...), son, simplemente, deberes que surgen de la relación jurídica (deberes de protección y obligaciones accesorias), sin que tengan entidad suficiente para calificar el contrato como complejo: son deberes accesorios —aunque necesarios— que se derivan de la ley, la buena fe y los usos por aplicación del artículo 1258 del Código civil (REPRESA POLO, 2004, 47)³².

2. LA CONSIDERACIÓN DE LA CESIÓN DE VUT COMO CONTRATO DE HOSPEDAJE

Más allá de las discrepancias apuntadas, según se ha constatado, la doctrina dominante considera que el contrato de hospedaje se caracteriza porque, en cuanto a contenido, es fruto de la suma de un arrendamiento de cosa y de servicios. Partiendo de esta idea, cabe preguntarse: ¿podría calificarse de hospedaje el contrato por el que se cede temporalmente el uso de una vivienda o de una habitación con fines turísticos a cambio de un precio?

Hemos de partir de que una cosa es el deber de todo arrendador de entregar al arrendatario la cosa arrendada en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, establecido con carácter general en el artículo 1554.1º y 2º del Código civil, según lo establecido por la norma autonómica, y otra distinta el deber del cedente de prestar determinados servicios al turista (MORENO-TORRES HERRERA, 2018, 211). Teniendo en cuenta tal distinción, algunas normativas sectoriales de CCAA, más allá de exigir que las viviendas estén en condiciones de uso inmediato, imponen, por sí

mismas, la prestación de determinados servicios accesorios, configurando, así, un contrato complejo. Es el caso, entre otras, de: Islas Baleares, cuyo artículo 51 de la Ley de Turismo, hace referencia a la limpieza periódica de la vivienda durante la estancia de los clientes o a un servicio de asistencia telefónica al turista durante las veinticuatro horas del día; Murcia, cuyo artículo 33.d) del Decreto 75/2005, de 24 de junio, incluye, entre los servicios mínimos que habrán de estar incluidos en el precio del alojamiento, el cambio de lencería una vez por semana; o Madrid, cuyo artículo 19 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, considera incluido en el precio el servicio de limpieza de habitaciones, además de la atención telefónica permanente (art. 18)³³. Prestaciones, por tanto, algunas de ellas, que parecen bastante clarificadoras a fin de considerar el contrato como de hospedaje.

Ahora bien, ¿todos los servicios o prestaciones adicionales que acompañan a la cesión de uso de la vivienda son aptos para otorgar la calificación de hospedaje al contrato? Evidentemente, no. No lo serán aquellos servicios que ORTIZ DE MENDÍVIL calificaba como de «no personales»: básicamente, los suministros (SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 179). Tampoco aquellos que no se presten directamente a los huéspedes durante su estancia, sino más bien a su propietario (ROMÁN MÁRQUEZ, 2018, 608): es el caso, por ejemplo, de Andalucía, donde los artículos 6.h) y 8.1 del Decreto andaluz 28/2016, obligan a la limpieza de la vivienda, pero no durante la estancia del huésped, sino a la entrada y salida de nuevos clientes.

Es interesante, al respecto, lo mantenido por la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT), aun siendo conscientes de que, tratándose de un órgano tributario, sus declaraciones se efectúan a efectos de responder cuestiones formuladas sobre el régimen fiscal aplicable a una actividad. En este sentido, en la consulta vinculante número V575-15, de 13 de febrero³⁴, sobre la sujeción a IVA del arrendamiento de VUT, la DGT dice que «*La actividad consistente en el arrendamiento por periodos de tiempo de viviendas o parte de las mismas, sin prestar ningún servicio propio de la industria hotelera y limitándose a poner a disposición del arrendatario la vivienda, se considera exenta del Impuesto*» (cfr. art. 20.Uno.23º.e' de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido [en adelante, LIVA])³⁵.

No obstante, quizás lo más interesante es que la DGT, en la referida consulta, al igual que reitera posteriormente, entre otras, en la consulta número V636/17, de 13 marzo, considera que no son servicios complementarios propios de la industria hotelera los siguientes: «*servicio de limpieza y servicios de cambio de ropa del apartamento prestado a la entrada y a la salida del periodo contratado por cada arrendatario*»; «*servicio de limpieza de las zonas comunes del edificio (portal, escaleras y ascensores) así como de la urbanización en que está situado (zonas verdes, puertas de acceso, aceras y calles)*»; «*servicio de asistencia técnica y mantenimiento para eventuales reparaciones de fontanería,*

*electricidad, cristalería, persianas, cerrajería y electrodomésticos»*³⁶. Es decir, se hace depender de que se presten, junto con el uso de la vivienda, servicios complementarios de la industria hotelera, incluyendo como tales, entre otros, los siguientes: recepción y atención permanente y continuada al cliente en un espacio destinado al efecto, limpieza periódica del inmueble y el alojamiento, cambio periódico de ropa de cama y baño, puesta a disposición del cliente de otros servicios (lavandería, custodia de maletas, prensa, reservas, etc.), y, a veces, prestación de servicios de alimentación y restauración.

En definitiva, *a priori*, nada parece obstar a que, en aquellos casos en los que el alojamiento en VUT vaya acompañado de otros servicios propios de la industria hotelera, pueda considerarse la existencia de un contrato de hospedaje, pues es este el criterio definidor del hospedaje (SÁNCHEZ JORDÁN y GARCÍA GARCÍA, 2018, 184).

En aquellos otros casos en que no sea así, se tratará de un contrato de arrendamiento de cosa (art. 1543 CC); en tales supuestos, los aspectos administrativos se regirán por lo dispuesto en la norma sectorial de la comunidad autónoma correspondiente, mientras que los aspectos civiles, al haber sido excluidos expresamente de la LAU, quedarán sometidos a las previsiones del Código civil sobre arrendamiento de cosas, lo que conlleva la aplicación de la teoría general del contrato del Código civil, dando juego a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

En la doctrina, más allá de quienes, simplemente, apuntan la posibilidad de considerar como hospedaje el contrato de alojamiento extrahotelero y, en particular el de cesión de VUT³⁷, hay quienes, como defendemos en este trabajo, se refieren expresamente a la doble posibilidad apuntada: la de la consideración como contrato de arrendamiento de cosas o como contrato de hospedaje³⁸.

Ahora bien, pese a la similitud defendida entre el contrato de hospedaje tradicional y la cesión de VUT cuando, junto al alojamiento, se ofrecen otra serie de servicios o prestaciones, no es menos cierto que entre uno y otro contrato existe también alguna que otra diferencia, cuya entidad habrá que analizar en cada caso concreto. Nosotros, en este trabajo, vamos a referirnos, concretamente, a si el anfitrión que cede el uso de la VUT es responsable, como lo es el hotelero en el contrato de hospedaje tradicional, de los efectos introducidos por el huésped en sus instalaciones.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL FONDISTA O MESONERO POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS POR EL HUÉSPED

En el contrato de hospedaje y en el de uso de VUT en que se presten servicios propios del hospedaje, las obligaciones del hospedero y del anfitrión,

respectivamente, relacionadas tanto con el uso y disfrute de la habitación y del resto dependencias como con los otros servicios que se hubiesen podido contratar entre uno y otro, son, por lo general, coincidentes. Sin embargo, cabe plantearse si también son coincidentes las obligaciones del hospedero y del anfitrión en lo que a seguridad se refiere y, más concretamente, a la seguridad de los bienes del huésped durante su estancia: la custodia de sus efectos.

El hospedero está obligado, tanto a custodiar las cosas consignadas como a proteger las cosas introducidas en sus instalaciones, pero no consignadas. Si nos centramos en estas últimas, se ha de partir de que, con el fin de proteger los efectos del cliente durante su estancia, los artículos 1783 y 1784 del Código civil consideran depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones y que no son entregados en depósito³⁹.

1. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL FONDISTA O MESONERO

La responsabilidad que se prevé en los artículos 1783 y 1784 del Código civil para los fondistas y mesoneros⁴⁰ cuenta con antecedentes ya en el Derecho Romano, justificándose su existencia en la mala reputación que tenían los posaderos y en las dificultades de probar la culpa de estos últimos⁴¹. Los romanos imponían a los *nautae, caupones stabularii* severas obligaciones respecto a las cosas introducidas por los viajeros o huéspedes en los establecimientos a su cuidado: «Dice el pretor: “Daré acción contra los navieros, mesoneros y estableros que no restituyan lo que de cualquier persona hubiesen asumido bajo su custodia» (Ulpiano, libro XIV, sobre el Edicto; D. 4.9.1)⁴².

Se configura como una responsabilidad objetiva (D. 4.9.1.1), por custodia⁴³, por el hurto y daños sufridos en los efectos⁴⁴, que excede los límites ordinarios de la responsabilidad contractual, basándose en la profesionalidad de los navieros o posaderos⁴⁵, quienes quedan obligados por la simple introducción⁴⁶, exonerándose de responsabilidad únicamente en los casos de fuerza mayor⁴⁷.

Esencialmente, esta responsabilidad se mantiene en las Leyes de Partida que, como defiende GARCÍA GOYENA, copió de los romanos esta responsabilidad (GARCÍA GOYENA, 1852, 102): «todas las cosas que los hombres que van camino por tierra o por mar metieren en las casas de los hosteleros [...] que las guarden de guisa que se no pierdan ni se menoscaben. E si se perdiesen por negligencia; o por engaño que ellos hiciesen; o por otra su culpa; o si la hurtasen algunos de los hombres que vienen con ellos, entonces ellos serían tenidos de les pechar todo cuanto perdiesen o menoscabasen, pues guisada cosa es que pues que fian en ellos los cuerpos e los habares, que los guarden lealmente a todo su poder, de guisa que no reciban mal ni daño»; y

dice, en cuanto al motivo de esta responsabilidad: «caballeros; o mercaderes u otros hombres que van camino, acaece muchas veces que han de posar en casa de los hosteleros e en las tabernas, de manera que han de dar sus cosas a guardar a aquellos que ahí hallaren, fiándose en ellos sin testigos e sin otro recaudo ninguno [...]. E porque en cada una de estas maneras de hombres acaece muchas vegadas que hay algunos que son muy desleales e hacen muy grandes daños e maldades en aquellos que se en fian en solos. E por esto conviene que la su maldad sea refrenada con miedo de pena» [sic] (Ley XXVI, Título VIII, V Partida)⁴⁸.

Según lo dispuesto en la Ley de Partida, al igual que en la configuración actual, los bienes habían de ser introducidos con conocimiento del posadero, siendo, por otro lado, indiferente, si se recibía o no precio por el hospedaje. Sí eran más numerosos los supuestos de exoneración de responsabilidad: actos extraños, entrega al huésped de arca o caja con llave para introducir sus pertenencias, pacto de limitación de responsabilidad, casos de fuerza mayor o desatención del huésped a las advertencias realizadas.

2. CRÍTICA A LA CALIFICACIÓN COMO DEPÓSITO NECESARIO: SU CONSIDERACIÓN COMO DEBER LEGAL DE PROTECCIÓN

Como mantiene GARCÍA GOYENA, «ni en el Derecho Romano, ni en el Patrio, se consideraba precisamente este caso como depósito, sino como un cuasi contrato o arriendo» (GARCÍA GOYENA, 1852, 102). En la era de la codificación, fue el Código de Napoleón el primero en codificar la responsabilidad de los hospederos como depósito necesario⁴⁹: «*Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux: le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire*» (art. 1952 en su redacción de 1804)⁵⁰. El legislador consideró, pues, como contrato de depósito, un supuesto que no tiene naturaleza contractual y que únicamente comparte con el depósito la idea de custodia⁵¹: para que exista contrato de depósito, es necesario que haya un acuerdo de voluntades (consentimiento) sobre la entrega de unos bienes (objeto) para su guarda (causa) y posterior restitución; ninguno de estos elementos concurre en el supuesto del que nos ocupamos⁵². Con la calificación como depósito necesario se le reconocían los beneficios probatorios atribuidos a dicho depósito. Concretamente, se le beneficiaba de la prueba testifical de la introducción del equipaje (BORSARI, 1881, 217) y de la pérdida del mismo (cfr. art. 1950 Código civil francés)⁵³, así como de la posibilidad de emplear el apremio personal⁵⁴.

Los Códigos que, como el español, se inspiraron en el mismo, contemplaron aquella responsabilidad objetiva. Así lo contempla GARCÍA GO-

YENA, que, al comentar el proyectado artículo 1689 (actual art. 1783 CC) hace referencia al artículo 1952 del Código francés. Considera GOYENA que, si bien esta responsabilidad parece a primera vista rigurosa, es de orden público y necesaria para la seguridad de los viajeros, y la llega incluso a considerar como la base más sólida para la prosperidad de los propios responsables, en tanto que la confianza que ellos inspiran o la buena fe y vigilancia a que los sujeta la ley es lo que facilita y multiplica los viajes y atrae a sus establecimientos mayor número de viajeros (GARCÍA GOYENA, 1852, 102).

No obstante, es criticable el sentido de haber introducido la asimilación de esta forma de depósito al depósito necesario, pues, a la entrada en vigor de nuestro Código civil, ya habían desaparecido los límites de cuantía puestos para la admisión de la prueba por testigos en el depósito voluntario, es decir, los beneficios probatorios de que gozaba el depósito necesario, y tampoco existía en nuestro ordenamiento jurídico el apremio personal por deudas (SANTISTEBAN MARTÍN, 2002, 163).

Lo contemplado en los artículos 1783 y 1784 del Código civil se ha venido denominando por algunos autores como «custodia indirecta», para diferenciarla de la directa, del depósito celebrado con ocasión del hospedaje entre el cliente y el hospedero para la custodia de los efectos de aquel y que conformaría, junto con el hospedaje, una unión de contratos (REPRESA POLO, 2014, 55 y sigs.). Es una responsabilidad «ex lege», «un “deber legal” de custodia, accesorio al contrato de hospedaje» (SANTISTEBAN MARTÍN, 2002, 163)⁵⁵. Este deber legal se identifica, a su vez, con los denominados deberes de protección u obligaciones de seguridad (REPRESA POLO, 2014, 68 y sigs.)⁵⁶. Para Díez-Picazo, estos deberes de protección, que o bien aparecen regulados en la ley o bien encuentran su fundamento en el principio de buena fe, son «todos aquellos que recaen sobre el deudor de una prestación principal y que tienen por objeto prevenir o evitar lesiones en la vida y en la integridad física del acreedor» (DÍEZ-PICAZO, 1988, 18) o, dicho de otra forma, «se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que se les pueda derivar del cumplimiento de la obligación» (JORDANO FRAGA, 1987, 141). La relación obligatoria tiene, pues, un carácter complejo, ya que, junto con los deberes de prestación principales y accesorios, existen una serie de deberes de protección a fin de evitar que del vínculo obligatorio se deriven daños a otros intereses como la persona y el patrimonio de los contratantes (JORDANO FRAGA, 1987, 141).

Dice YZQUIERDO TOLSADA: «el contenido del contrato [...] va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes [...] el hostelero, además de suministrar alojamiento a su cliente, proporciona un deber de custodia sobre su persona y bienes» (YZQUIERDO TOLSADA, 1993, 108). Es decir, la custodia se integra en el hospedaje de forma accesorio, a fin de

proteger intereses distintos a los perseguidos con el contrato de hospedaje: «La responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los arts. 1783 y 1784 del Código civil [...] trae su causa en el contrato de hospedaje celebrado, no constituyendo, por tanto, un contrato de depósito autónomo e independiente, distinto de la prestación por el Hotel de los varios servicios integrantes del complejo contrato de hospedaje» (STS de 11 de julio de 1989)⁵⁷.

3. LA CUSTODIA INDIRECTA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE

Según lo expuesto, esta custodia indirecta es una obligación de origen legal, implícita en el contrato de hospedaje sin necesidad de acuerdo explícito al respecto. Cabe preguntarse si se trata o no de un elemento —de un servicio— esencial del contrato de hospedaje. De ello dependerá que, si concluimos que la custodia indirecta no tiene cabida en la cesión de VUT, esta pueda considerarse un hospedaje, aunque singular.

Relacionado con este particular, se ha discutido si se trata de una norma imperativa o dispositiva: parte de la doctrina coincide en admitir la posibilidad de pacto previo por las partes excluyendo esta responsabilidad del hospedero⁵⁸; en cambio, otra parte de la doctrina —en la que nos posicionamos— excluye esta posibilidad⁵⁹. En esta última postura cabe destacar a REPRESA POLO, quien entiende que las limitaciones de responsabilidad del hospedero son nulas, pero no por contradecir una norma imperativa —pues no considera que el artículo 1783 del Código civil lo sea—; más bien por infringir una de aquellas normas dispositivas que considera DE CASTRO que no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, dejando al arbitrio de los contratantes el seguirla o no, sino que, por el contrario, los pactos o cláusulas que la contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces y no conllevar un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes (DE CASTRO Y BRAVO, 1982, 1061). Como mantiene el autor, «la esencialidad de la custodia en el hospedaje queda patente por el hecho de ser la única prestación tipificada del contrato de hospedaje, que encuentra su fundamento en la buena fe, que engarza con la idea misma de orden público, y que se concreta en la imposibilidad de excluir aquellas obligaciones esenciales para la consecución de los fines propuestos por las partes» (REPRESA POLO, 2004, 166). A todas estas razones que —consideramos— hacen la norma imperativa, hay que sumar que, en la mayoría de los casos, la actividad será desempeñada por empresarios o profesionales, siendo el huésped, por tanto, un consumidor a proteger (cfr. art. 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para

la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [en adelante, LGDCU], en virtud del cual «*La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula [...]*»; y arts. 82.1 y 83 LGDCU, sobre nulidad de las cláusulas abusivas por generar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes).

En esta misma línea parecen posicionarse otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que, a diferencia del nuestro, se pronuncian sobre el particular. Es el caso del artículo 1953, párrafo tercero, del Código civil francés⁶⁰, o, aún más claro, del artículo 1785-*quater* del Código civil italiano, que establece: «*Sono nulli i patti o le dichiarazioni tendenti ad escludere o a limitare preventivamente la responsabilità dell'albergatore*»⁶¹.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ANFITRIÓN POR LOS EFECTOS INTRODUCIDOS EN LA VUT

Tras aproximarnos, en los elementos que nos interesan en este trabajo, a la responsabilidad del mesonero o fondista, cabe reiterar la pregunta que nos venimos formulando: ¿puede defenderse también esa prestación, ese depósito necesario, en el contrato de cesión de uso de VUT? Es cierto que, al tratar el régimen jurídico de las VUT, algunos autores ya se han pronunciado al respecto, negando la responsabilidad del anfitrión por los efectos introducidos por los huéspedes en sus instalaciones⁶², pero lo han hecho sin extenderse en demasía, sin profundizar, razón por la cual, ante la parquedad con que se ha tratado, consideramos que la cuestión merece un estudio *in recto*. Téngase en cuenta que, si la respuesta fuese negativa, teniendo en cuenta que la hemos considerado como una prestación esencial del contrato de hospedaje, habría que considerar el de VUT como un contrato de hospedaje, pero singular.

A fin de responder a la pregunta planteada, fin principal de este trabajo, hemos de plantear otra cuestión previamente: ¿en qué se concreta ese deber de protección, esa obligación de custodia? Fundamentalmente, en adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger los efectos del cliente. Veámoslo.

1. LA *RATIO* DE LA NORMA

A fin de conocer si, efectivamente, la responsabilidad por custodia indirecta se introduce también en el contrato de VUT, y no solo en el tradicional de hospedaje, hemos de acudir, en primer lugar, a la *ratio* de la norma que contempla el depósito necesario.

Según advertimos más arriba, el origen de esta responsabilidad se encuadra en la mala fama de que gozaban los fondistas o mesoneros. Sin embargo, la industria hotelera ha evolucionado en estos más de cien años y su configuración, fruto del desarrollo experimentado, presenta grandes diferencias con la de 1889, momento en que se elabora el Código civil: ha ido desapareciendo aquella mala fama de los fondistas o mesoneros —hospederos—, han aparecido nuevos tipos de establecimientos, han mejorado las condiciones en las que se realizan los viajes... Circunstancias, estas, que hacen que los actuales artículos 1783 y 1784 del Código civil, amén de insuficientes, atribuyan a los hospederos una responsabilidad que resulta, en muchos casos, excesiva, razón por la que distintas voces han advertido la necesidad de modificar tales preceptos para adecuarlos a la realidad actual (CASTAÑOS CASTRO, 2015, 4 y sigs.), limitando esa excesiva responsabilidad⁶³.

Atendiendo a la referida evolución de la industria hotelera y superada esa mala reputación, ¿qué es lo que justifica, entonces, la norma? ¿Cuál es su fundamento? Se acude, entonces, a razones relacionadas con la esencia de la prestación hotelera: el carácter público del establecimiento (DE PAGE, 1952, 230), la necesidad del viajero de llevar consigo una serie de efectos que no puede vigilar por sí mismo de forma permanente, unido al hecho de que sea el hospedero —el hotelero— quien mejor pueda sustituir al viajero en la protección de sus bienes (ENNECCERUS, 1966, 660), conduce a la consideración de una responsabilidad basada en el riesgo de empresa, como veremos en los apartados que siguen.

2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA BASADA EN EL RIESGO PROFESIONAL

En virtud del artículo 1784 del Código civil, el hospedero responde como depositario con tal de que el viajero hubiese dado conocimiento a los fondistas o mesoneros de los efectos introducidos en sus instalaciones —requisito sobre el que volveremos al final del trabajo— y hubiese observado las prevenciones que el empresario le hubiera hecho sobre el cuidado y vigilancia de sus efectos⁶⁴. Únicamente quedará exonerado de responsabilidad cuando el daño sea ocasionado por un suceso de fuerza mayor, entre los que el precepto refiere expresamente el robo a mano armada⁶⁵, con lo que, implícitamente, se deduce que sí responderá del resto de sustracciones.

Sucede que, en supuestos como el de responsabilidad del hospedero, la imputación de responsabilidad siguiendo el tradicional criterio subjetivo puede resultar insuficiente, por las dificultades que puede conllevar probar la conducta culposa del agente en la producción de un determinado daño. Es por ello por lo que el sistema subjetivo de culpa como criterio de imputación

tación se sustituye por el criterio de la «esfera de control del deudor» y de «riesgo implícitamente asumido al contratar» (PANTALEÓN, 1991, 1069).

Siguiendo, pues, este planteamiento objetivista, en el artículo 1784 del Código civil nos encontramos ante una responsabilidad objetiva basada en el riesgo profesional, que prescinde de toda idea de culpa; no tiene su fundamento en la diligencia o en la negligencia del deudor, sino en que este es responsable aunque el daño provenga de una circunstancia que no le sea imputable; la responsabilidad únicamente se apoya en la introducción de los efectos y en la existencia de daños: «*la responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los artículos 1783 y 1784 del Código civil, fundada en el riesgo profesional o de empresa [...]*» (STS de 11 de julio de 1989)⁶⁶. Así lo entiende también la doctrina⁶⁷, entre la que cabe destacar a PÉREZ SERRANO, quien considera que «quien ejerce una industria debe soportar los riesgos que derivan de su ejercicio, aun cuando a él personalmente no puedan serle imputables los hechos que originan la responsabilidad» (PÉREZ SERRANO, 1930, 217); o a LANGLE Y RUBIO, para quien «el fundamento jurídico no es ya la culpa del hostelero, sino la doctrina, cada vez más aplicada, del riesgo profesional: todo el que ejerce una industria, de cuyos beneficios goza, ha de quedar también sujeto a los eventos desfavorables a ella inherentes, y así, no solo responderá del dolo y de la culpa, sino que además afrontará una responsabilidad objetiva (sin culpa), de tipo legal» (LANGLE Y RUBIO, 1959, 277)⁶⁸. En definitiva, es suficiente, para atribuir responsabilidad al hospedero, que exista una relación de causalidad entre los daños y el desarrollo de la actividad de aquel, constatada la cual deberá responder de los daños ocasionados.

Advertida la responsabilidad objetiva por riesgo, cabría preguntarse: ¿qué circunstancias son las que determinan este tipo de responsabilidad? Fundamentalmente, dos: el riesgo que supone para los efectos del huésped que la actividad se desarrolle en un establecimiento abierto al público, así como la posición —profesional— que ocupa el fondista o mesonero. Veamos su traslación a los casos de VUT.

A) La existencia de un establecimiento abierto al público

Si nos centramos en los sujetos causantes del daño, más allá de la responsabilidad de los fondistas o mesoneros por actos propios (art. 1783 CC), establece el artículo 1784 del Código civil que la responsabilidad comprende los daños hechos tanto por los criados o dependientes de aquellos, como por los extraños.

En este sentido, refiriéndonos a las VUT, y atendiendo a la configuración de estas, podría aceptarse la responsabilidad del propietario o anfitrión

por los daños hechos por «los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros» en el cumplimiento de las obligaciones encomendadas por estos últimos, en tanto que si se tratase de una actuación ajena a las tareas encomendadas, nos encontraríamos ante una responsabilidad aquiliana, derivada de la aplicación del artículo 1903.IV del Código civil (responsabilidad extracontractual indirecta). Entre estos terceros tendrían cabida, no solo sus empleados o dependientes (trabajadores subordinados), sino también cualquier tercero (auxiliar) que introduzca en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de hospedaje, sea cual fuere la relación entre uno y otro (JORDANO FRAGA, 1994, 45 y sigs.). Aun así, téngase en cuenta que, en las VUT, ni tan siquiera tiene por qué existir un acceso regular al inmueble en cuestión por parte del propietario o sus empleados, con el riesgo que ello supone; nótese, por ejemplo, que, en el Decreto andaluz 28/2016 —a diferencia de otras normas autonómicas, como hemos visto—, entre los requisitos que ha de cumplir la vivienda, simplemente se hace referencia a la limpieza a la entrada y salida de nuevos clientes (art. 6.h), por lo que el servicio no se presta directamente a los usuarios durante su estancia.

En cambio, no consideramos que pueda resultar responsable el anfitrión por los daños producidos por «extraños»⁶⁹. El artículo 1784 del Código civil —como hemos anticipado— hace responsable por estos daños al fondista o mesonero, fundamentalmente, por dos motivos: en primer lugar, por el riesgo que constituye el tratarse de un establecimiento abierto al público, donde hay un continuo tránsito de extraños; en segundo lugar, —como veremos en los siguientes apartados—, por la posición que, como profesional, ocupa el fondista o mesonero. Factores, ambos, que no concurren en el supuesto de las VUT.

El factor consistente en tratarse de un establecimiento abierto al público ha sido continuamente referido por la doctrina: ya GARCÍA GOYENA decía «mas ya por el hecho de ser una cosa pública, debe ser mayor la vigilancia de los amos» (GARCÍA GOYENA, 1852, 104); SÁNCHEZ HERNÁNDEZ señala que con esta responsabilidad legal se compensa al huésped por los riesgos resultantes del constante movimiento de gente en el establecimiento (SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, 1994, 379 y sigs.); mientras que BADOSA COLL defiende que la responsabilidad del mesonero por los daños ocasionados por los extraños se funda en la legitimación que tienen estos para hallarse en el local, debido al carácter público de este y a su correspondiente libre acceso (BADOSA COLL, 1991, 1701)⁷⁰. Tanto es así que incluso cuando la doctrina se ha preguntado por la aplicabilidad de la reiterada responsabilidad a otras actividades diferentes de la hospedería⁷¹, ha otorgado especial importancia, junto a la imposibilidad del cliente de asumir ininterrumpidamente la custodia de sus cosas, al desarrollo de las obligaciones en establecimientos abiertos al público⁷².

En el caso del que nosotros nos ocupamos en este trabajo —la VUT— no existe, en cambio, un establecimiento abierto al público como tal, en el que exista una circulación constante de público, ni, por tanto, existe el riesgo que esto lleva consigo. Esto parece ser tenido en cuenta por SAN JULIÁN PUIG, cuando, al considerar aplicable esta responsabilidad del Código civil a todas las categorías que aglutina el «moderno» concepto de hospedaje —en el que incluye a los apartamentos turísticos—, precisa, sin más: «con distintos matices según la tipología ante la que nos encontremos» (SAN JULIÁN PUIG, 2011).

B) La posición del sujeto responsable

Como ya adelantamos, junto al riesgo que supone la existencia de un establecimiento abierto al público, la otra circunstancia que determina la reiterada responsabilidad objetiva es que el fondista o mesonero, es decir, el sujeto responsable, se encuentra mejor posicionado, es decir, en mejores circunstancias, para llevar a cabo esa labor de custodia de los efectos del viajero.

a) Suceso interno al ámbito de control del deudor

La fuerza mayor en el artículo 1784 del Código civil se concibe como suceso o evento ajeno a la esfera de riesgo o de control del hospedero. De hecho, quienes han diferenciado entre el caso fortuito y la fuerza mayor⁷³ lo han hecho basándose en la procedencia exterior de la causa origen del daño en esta última (VON TUHR, 1934, 101)⁷⁴, de manera que solo se respondería por caso fortuito.

El hospedero responderá, pues, de todos los daños consecuencia de su actividad, sin que sea necesario referirse a la inevitabilidad o imprevisibilidad del evento; o, dicho de otra forma, responderá de los casos fortuitos que surjan en el desarrollo normal de su actividad empresarial, sin que quepa prueba exculpatoria alguna (SANTISTEBAN MARTÍN, 2002, 136 y sigs.). Así pues, únicamente quedará exonerado de responsabilidad cuando se produzca una ruptura de la relación de causalidad, lo cual tendrá lugar cuando los daños tengan su causa en un acto ajeno al ámbito de control y planificación del deudor y el suceso fuese imprevisible en el momento de celebrarse el depósito o, aunque previsible posteriormente, fue por él inevitable (PANTALEÓN, 1991, 1060)⁷⁵, así como cuando se deba a la acción dolosa o negligente del propio huésped o de las personas que él mismo reciba en las instalaciones (HERNÁNDEZ GIL, 2000, 1072)⁷⁶.

El concepto clave, pues, a la hora de hablar de la responsabilidad del deudor —del hospedero— es el de «ámbito de control», el cual ha sido tenido en cuenta tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

En la jurisprudencia, valga destacar la STS de 15 de marzo de 1990, que, refiriéndose al artículo 1784 del Código civil, dice: «*Se trata de una norma que, dado su texto, [...] no incluye el supuesto de caso fortuito, pudiendo interpretarse en el sentido de hacer responsable al hotelero de los casos fortuitos que surgen en el normal ejercicio de la industria, pero queda eximido de responsabilidad por los sucesos extraños a ella, como son los de fuerza mayor mencionados en el art. 1784*» y encaja en la fuerza mayor «*aquellos hechos que están fuera del círculo industrial de la empresa, que causen un daño material y que excedan visiblemente de los accidentes propios de curso normal de la vida por la importancia de su manifestación*»⁷⁷.

En la doctrina⁷⁸, valga referirse a DÍEZ-PICAZO, quien defiende que el ámbito de control «guarda una evidente relación con el tipo de diligencia que le sea exigible y será diferente según que la diligencia sea de una persona media o sea de un profesional o de un empresario, por existir en uno y otro caso esferas de control diferentes» (DÍEZ-PICAZO, 1993, 590). En un sentido similar, PÉREZ SERRANO considera que para la existencia de fuerza mayor se requiere que la causa del daño no radique «en la esfera espacial o personal donde fuera posible una acción vigilante del fondista» (PÉREZ SERRANO, 1930, 245).

Ahora bien, ¿por qué se le considera responsable, sin excepción, de lo que suceda en su ámbito de control? Porque es aquí donde puede desarrollar su labor —prestación— de custodia. Por ello, del estudio de en qué consista esa custodia podremos extraer si, efectivamente, el supuesto es aplicable, o no, a las VUT.

b) La labor de conservación y vigilancia

A diferencia del depósito, la custodia puede desarrollarse sin posesión inmediata de los bienes⁷⁹, no es un presupuesto constitutivo de la obligación de custodia. Tal es así que, en el caso del hospedaje, el traslado posesorio que acontece en el depósito general —en la custodia directa— se sustituye por la introducción de los bienes dentro del ámbito de control del hospedero, con conocimiento de este o de sus empleados: «*nace por el hecho mismo de la introducción en el hotel de los efectos por el huésped*» (STS de 11 de julio de 1989), y tal responsabilidad se mantiene, incluso, una vez concluido el contrato (CEBALLOS MARTÍN y PÉREZ GUERRA, 2001, 83)⁸⁰, mientras que los bienes se encuentran en la referida esfera de control

del hospedero (v. gr. mientras que los efectos permanecen en la consigna del establecimiento)⁸¹.

Esta falta de posesión inmediata y el desconocimiento de cuáles son esos bienes, infiere, evidentemente, en la forma de desarrollar la custodia. La custodia, con carácter general, se concreta en «la protección de la cosa contra los acontecimientos exteriores y tomar las medidas necesarias para que no se destruya ni se deteriore por sí misma, bajo la influencia de los vicios internos [...] según la naturaleza del objeto que deba guardarse, predomina uno u otro aspecto de la guarda» (ROCA JUAN, 1946, 445)⁸². En el caso de la custodia contemplada en los artículos 1783 y 1784 del Código civil, de los dos elementos que, por lo general, integran la custodia (labor de vigilancia y actividad de conservación de los bienes)⁸³, el hospedero deberá desarrollar: por una parte, la labor de vigilancia, a fin de evitar la sustracción o extravío; por otra parte, la actividad de conservación, aunque encaminada, esta última, únicamente a la defensa de la cosa frente a agentes perjudiciales externos que puedan dañar los bienes, no frente a los vicios internos —es decir, consecuencia de la propia naturaleza de la cosa— (GARCÍA LUENGO, 2001, 78). En definitiva, la buena fe del hospedero —a la que ya aludimos— exige la conservación y vigilancia —externa y preventiva— del establecimiento y de las personas que lo frecuentan, a fin de proteger los bienes de los huéspedes⁸⁴.

Esta responsabilidad, tal y como establece el artículo 1783 del Código civil, es posible exigírsela a los fondistas y mesoneros —o a los hoteleros, en la actualidad—. Frente al huésped que tiene la necesidad de llevar consigo determinados bienes, pero no puede protegerlos eficazmente ni de forma continua (BADOSA COLL, 1991, 1697), aquellos, por la posición que ocupan, sí tienen la posibilidad de desarrollar esa labor de conservación y vigilancia. La infraestructura y organización con la que cuenta quien ofrece el hospedaje de forma profesional hace que sea quien mejor pueda proteger esos bienes, razón por la cual se le exige esa responsabilidad especialmente rigurosa (HERNÁNDEZ GIL, 2000, 1071; JORDANO FRAGA, 1987, 503 y sigs.)⁸⁵.

En el caso de las VUT nos encontramos con el problema de discernir si estamos ante un negocio entre particulares o si el anfitrión desarrolla la actividad de manera profesional, con una asiduidad y una organización determinadas que le atribuyen el carácter de empresario (FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 58), pues el uso de las plataformas colaborativas está abierto a todo tipo de posibilidades: sea o no empresario. Las legislaciones autonómicas, al determinar su ámbito de aplicación, no se refieren a la condición que hayan de ostentar quienes ceden el uso, es decir, no distinguen si se trata de una actividad profesional o no, sino que, generalmente, se limitan a exigir de manera dispar —como ya vimos— que la actividad se realice a

cambio de una contraprestación y con cierta habitualidad; tampoco deberían de determinar tal condición de empresario, pues la misma no puede hacerse depender de la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos.

Se trata de algo complejo, pues, como señala la propia Comisión Europea⁸⁶, la legislación de la UE no establece expresamente cuándo un particular se convierte en un prestador de servicios profesional en la «economía colaborativa», razón por la que los Estados miembros utilizan criterios diferentes para distinguir entre servicios profesionales y servicios entre particulares. En el caso de las VUT, señala la conveniencia de establecer umbrales y de que los Estados miembros establezcan criterios relacionados con la frecuencia de los servicios, el fin lucrativo y el nivel de volumen de negocio, a fin de considerar o no una actividad como profesional; deberá, pues, examinarse caso por caso, sin que sea posible dar una respuesta uniforme. Estos criterios son tenidos en consideración por FERNÁNDEZ PÉREZ, que añade el del tipo de los servicios prestados: «si los servicios prestados son característicos de un establecimiento, independientemente de su categorización, de alojamiento, es un indicador determinante de la consideración del titular de la vivienda como empresario» (FERNÁNDEZ PÉREZ, 2018, 177 y sigs.)⁸⁷. MORENO-TORRES, por su parte, defiende que ante la falta de un concepto específico para el contrato de alojamiento en VUT, debe acudirse al concepto general de empresario del artículo 4 LGDCU, siendo la clave que el titular de la vivienda sea empresario turístico, lo cual exige la realización de una actividad económica, organizada y habitual en el sector turístico; no existiendo, a nivel estatal, criterios legales específicos para determinar cuándo se considera que el servicio de alojamiento es una actividad empresarial de quien la realiza, habrá que acudir a los criterios generales del Derecho del consumo nacional y europeo (MORENO-TORRES HERRERA, 2018, 218).

Independientemente de la consideración o no de empresario⁸⁸, lo cierto es que al anfitrión de las VUT no puede exigírsele responsabilidad por la custodia indirecta de los efectos introducidos por el huésped en la vivienda.

Téngase en cuenta que, en relación con la labor de conservación y vigilancia en que consiste el depósito necesario al que nos venimos refiriendo, GONZÁLEZ CABRERA defiende que los efectos habrán de ser introducidos y depositados en un lugar en el que puedan ser vigilados por el titular del establecimiento o por sus auxiliares, es decir, en un lugar acotado y bajo la supervisión del propio empresario (GONZÁLEZ CABRERA, 2008, 109). REPRESA POLO, por su parte, afirma que «la falta de posesión del equipaje unido al desconocimiento de los bienes que lo componen determina que aquella se concrete en el desarrollo de una vigilancia genérica de su establecimiento y las personas que lo frecuentan», de manera que identifica el deber del hospederero con un deber general de seguridad (REPRESA POLO, 2014, 370 y sigs.)⁸⁹.

Es evidente que el anfitrión de una VUT no puede desarrollar esta labor de vigilancia y conservación a la que nos hemos venido refiriendo, en tanto que no existe, por lo general, una presencia física permanente del anfitrión o de empleados suyos en las instalaciones; habrá que estar, no obstante, a cada caso concreto⁹⁰. Esta es la idea que parecía asumir el artículo 47 de la Orden de 17 de enero de 1967 por la que se aprobaba la ordenación de los apartamentos, «bungalows» y otros alojamientos similares de carácter turístico —ya derogada por el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero—, que establecía: «*Se considerará depósito necesario el de los efectos introducidos por los clientes en los alojamientos, siempre que estos formen parte de un bloque o conjunto en el que exista conserjería-recepción, respondiendo las empresas, como tales depositarias, de su pérdida o deterioro en las condiciones establecidas en los artículos 1783 y 1784 del Código civil*». Como señala SAN JULIÁN PUIG, entre las diferencias que se dan entre el alojamiento hotelero y el extrahotelero, cabe destacar, no solo las diferentes condiciones físicas entre uno y otro, sino, sobre todo, que el margen de cuidado y atención que se puede esperar y exigir del prestador del servicio de alojamiento es mucho mayor en el alojamiento hotelero que en el extrahotelero (SAN JULIÁN PUIG, 2011). Nótese, incluso, que existen normas autonómicas reguladoras de las VUT (v. gr. Andalucía o Valencia) que ni tan siquiera exigen, para poder desarrollar la actividad, que se suscriba una póliza de seguro que cubra la responsabilidad civil por los daños corporales o patrimoniales que puedan sufrir las personas usuarias de las viviendas durante su estancia⁹¹.

Es más, esa falta de vigilancia, de presencia, del anfitrión en las VUT, conlleva que no se cumpla otro de los requisitos que establece el artículo 1783 del Código civil para su aplicación: dar conocimiento a los fondistas o mesoneros, o a sus dependientes, de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Es unánime la doctrina al no exigir una comunicación expresa del cliente al hospedero o a sus empleados, pero sí que, al menos, las cosas sean introducidas a la vista de aquellos (no de una forma clandestina), ya las porte el propio huésped al llegar al hotel, ya lleguen posteriormente al mismo durante el tiempo en que el huésped permanece alojado⁹².

VI. CONCLUSIONES

I. Aun siendo evidente la proliferación de la economía colaborativa, especialmente en el sector del alojamiento turístico, la cesión de VUT no cuenta con una regulación estatal que la regule. Esto ha conllevado una importante discusión en la doctrina en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico aplicable a este tipo

de contratos, especialmente desde que, tras la reforma acaecida en el año 2013, estos contratos fuesen excluidos del ámbito de aplicación de la LAU.

II. La doctrina mayoritaria considera que nos encontraremos ante un contrato de hospedaje cuando, junto al alojamiento en la VUT, se presten —según hemos defendido en este trabajo— otra serie de servicios; en caso contrario, habrá de considerársele como un contrato de arrendamiento que, al haber sido excluido de la LAU, habrá de regirse por lo dispuesto en el Código civil.

III. Aunque el depósito necesario —la custodia indirecta— es un aspecto —una obligación— esencial del contrato de hospedaje, no resulta de aplicación, por lo general, al contrato de VUT. Es por ello que cuando, junto al alojamiento, se presten otra serie de servicios, aun considerándose un contrato de hospedaje, será especial, siéndole de aplicación el régimen jurídico del hospedaje como régimen común, en la medida en que se adapte a las especialidades propias de este tipo de alojamiento.

IV. Pese a que la práctica totalidad de la doctrina contempla la posibilidad de considerarlo un contrato de hospedaje, consideramos que el anfitrión de la VUT no puede ser responsable por los efectos introducidos por el huésped en la vivienda en la forma en que se prevé por los artículos 1783 y 1784 del Código civil para los fondistas o mesoneros: ni nos encontramos ante un establecimiento abierto al público con el riesgo que ello supone, ni el anfitrión o empleados suyos tienen por qué tener una presencia física en la VUT que los sitúe —como ocurre en el establecimiento hotelero— en una posición tal que hayan de ser considerados como quienes mejor pueden conservar y vigilar las pertenencias de los huéspedes. Uno y otro factor conllevan, pues, que no pueda acudirse a una interpretación extensiva de los artículos 1783 y 1784 del Código civil ni pueda tampoco considerarse como uno de esos deberes de protección que —según defendimos— podían derivarse de la buena fe e integrarse en la relación contractual a través del artículo 1258 del Código civil.

V. El anfitrión solo será responsable por los daños producidos por él o sus empleados, pero no por los extraños.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STC de 30 de noviembre de 1982
- STC de 1 de marzo de 2012
- STC de 4 de febrero de 2016
- STS de 30 de marzo de 1974
- STS de 30 de junio de 1976
- STS de 22 de diciembre de 1979

- STS de 29 de junio de 1983
- STS de 6 de noviembre de 1984
- STS de 20 de septiembre de 1985
- STS de 10 de junio de 1987
- STS de 11 de julio de 1989
- STS de 15 de marzo de 1990
- STS de 27 de enero de 1994
- STS de 20 de junio de 1995
- STS de 15 de diciembre de 1999
- STS de 8 de febrero de 2008
- STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2013
- STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016
- STSJ de Islas Canarias de 21 de marzo de 2017
- STSJ de Castilla y León de 2 de febrero de 2018

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AUBRY, MM. C. y RAU, C. (1844). *Cours de droit civil français*, t. III, Estrasburgo: Paris Arthur Rousseau.
- Badenas Carpio, J. M. (2000). El contrato de hospedaje. En: M. V. Petit Lavall (coord.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 283-300.
- BADENAS CARPIO, J. M. (2000). Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje. *AC*, núm. 16, 619-634.
- BADOSA COLL, F. (1991). Comentario a los arts. 1758-1789. En: *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid: Ministerio de Justicia.
- BENAVIDES VELASCO, P. (2017). La nueva regulación sobre la contratación de viviendas con fines turísticos. En: L. M. Miranda Serrano y J. Pagador López (dir.), *Retos y tendencias del Derecho a la contratación mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 159-174.
- BLANQUER CRIADO, D. (1999). La publicación del contrato de hospedaje. En: *Turismo: organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 297-336.
- BOIX PALOP, A. (2018). Estrategias regulatorias para la resolución de los conflictos de intereses generados por la proliferación del alojamiento de corta duración con intermediación digital. En: A. M. De la Encarnación (dir.), *La regulación del alojamiento colaborativo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 261-294.
- BORSARI, L. (1881). *Commentario del Codice civile italiano*, t. IV, Turín: Editrice Torinese.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (2015). El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *RCDI*, núm. 749, 1199-1246.

- CARBONNIER, J. (1996). *Droit Civil. Les obligations*, t. IV, París: Presses universitaires de France.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1986-1988). *Derecho civil español, común y foral*, t. III y IV, Madrid: Reus.
- CASTAÑOS CASTRO, P. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2014). ¿Deben las leyes españolas regular el contrato de alojamiento? *Repertorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA)* [en línea], disponible en: <http://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/8340>.
- CASTAÑOS CASTRO, P. (2014). Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 6, 65-81.
- (2015). Propuestas legislativas sobre la responsabilidad del hostelero. *InDret*, núm. 2.
- CEBALLOS MARTÍN, M. M. y PÉREZ GUERRA, R. (2001). *El contrato turístico de alojamiento hotelero*, Granda: Comares.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019). De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH. *RDP*, núms. 5-6, 3-33.
- COSTABILE, C. (2019). *Codice civile commentato*, Milán: Giuffrè.
- COVIÁN JUNCO, V. (1910). Comentario a la voz «depósito». En: *Enciclopedia Jurídica Española*, t. X, Barcelona: Seix Editor.
- D'ORS, A. [et al.] (1968). *El Digesto de Justiniano*, t. I, Pamplona: Aranzadi.
- DALMARTELLO, A. y PORTALLE, G. (1964). Comentario a la voz «deposito». En: *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Milán: Giuffrè.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *ADC*, núm. 4, 987-1086.
- DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A. M. (2016). El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* [en línea], núm. 5, disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10350/10927>.
- DE PAGE, H. (1952). *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, t. V, Bruselas: Bruylant.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1988). *Prólogo*. En: A. Cabanillas Sánchez, *Los deberes de protección en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid: Civitas.
- (1993). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, t. 2, Madrid: Tecnos.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015). La regulación de la economía colaborativa (el caso “Uber contra el taxi”). *Revista CEFLegal*, núm. 175-176, 61-104.
- ENNECCERUS, L. (1966). *Derecho de obligaciones*, vol. II-2º, Barcelona: Bosch.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Madrid: Edersa.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2018). *El alojamiento colaborativo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FIorentino, A. (1952). *Il nuovo Codice civile commentato*, t. II, Nápoles: Eugenio Jovene.
- FRAGALLI, M. (1958). Comentario a la voz «albergo». En: *Enciclopedia del Diritto*, t. I, Milán: Giuffrè.

- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid: s. n.
- GARCÍA LUENGO, R. B. (2001). El contrato de hospedaje: especial referencia al alojamiento turístico hotelero. *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 59-81.
- GIMÉNEZ-CANDELA, T. (1990). *Los cuasidelitos*, Madrid: Trivium.
- GIMENO BEVIÁ, V. (2017). El aseguramiento en las viviendas de uso turístico. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 98-110.
- GONZÁLEZ CABRERA, I. (2008). *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid: La Ley.
- (2010). El doble tratamiento jurídico del vehículo que introduce el huésped en el establecimiento hotelero. *Revista andaluza del derecho del turismo*, núm. 4, 117-146.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. G. (2018). Alojamiento y viviendas de uso turístico. En: *Cuadernos de Derecho para ingenieros: economía colaborativa*, Madrid: Wolters Kluwer, 151-168.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 101-144.
- (2018). Ámbito objetivo del contrato de alojamiento turístico: ¿qué viviendas se pueden arrendar? En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 231-268.
- HERNÁNDEZ GIL, F. (2000). Comentario a los artículos 1758-1789 del Código civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código civil*, t. VII, Barcelona: Bosch.
- HUALDE MANSO, T. (1991). La obligación de custodia en el depósito. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 12, 69-120.
- JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2019). La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía Colaborativa. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3.
- JORDANO BAREA, J. (1951). Contratos mixtos y unión de contratos. *ADC*, núm. 1, 321-339.
- (1953). Los contratos atípicos. *RGLJ*, núms. 7-8, 53 y sigs.
- JORDANO FRAGA, F. (1985). Las reglas particulares de la responsabilidad contractual. *RCDI*, núm. 568, 575-724.
- (1987). *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas.
- (1994). *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid: Civitas.
- (1994). Comentario a la STS de 27 de enero de 1994. *CCJC*, núm. 34, 357-380.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Madrid: Dykinson.
- LANGLE Y RUBIO, E. (1959). *Manual de Derecho Mercantil español*, t. III, Barcelona: Bosch.
- LAURENT, F. (1877). *Principes de Droit Civil français*, t. XXVII, Bruselas: Bruylant.
- LÓPEZ, G. (1843). *Glosas a Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX*, t. III, Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes.
- LÓPEZ BARBA, E. (2018 a). Contenido del contrato de alojamiento turístico: derechos y obligaciones de las partes contratantes. En: G. Cerdeira Bravo de

- Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* Madrid: Reus, 269-298.
- (2018 b). El contrato de hospedaje en el Código civil cubano: la actuación de los cuentapropistas en Cuba y el fenómeno de las viviendas de fin turístico en España. *RGLJ*, núm. 4, 549-595.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. (2009). La responsabilidad civil y las residencias de personas mayores: especial referencia a los efectos personales introducidos en el establecimiento. *RCDI*, núm. 716, 2911-2947.
- LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, M. (1994). *Receptum argentari. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. En: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 721-730.
- MAGRO SERVET, V. (2017). El fraude del realquiler vacacional. *Diario La Ley*, núm. 9060.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1972). *Comentarios al Código civil español*, t. XI, Madrid: Reus.
- MARTOS CALABRÚS, M. A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *RDC*, núm. 1, 91-102.
- MONTERO PASCUAL, J. J. (2017). La regulación de la economía colaborativa. En: J. J. Montero Pascual, *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 23-65).
- MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2018). Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 191-230.
- MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *International journal of scientific management and tourism*, núm. 1, 371-378.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2018). La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 55-98.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2018). Las competencias sobre el alojamiento “colaborativo”. Entre el “derecho a la ciudad”, la garantía de la vivienda y la *dura lex* económica. En: A. M. De la Encarnación, *La regulación del alojamiento colaborativo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 231-260.
- ORTIZ DE MENDÍVIL, J. (1970). El concepto jurídico de hospedaje. *Estudios Turísticos*, núm. 28, 53-85.
- OZCÁRIZ MARCO, F. (1997). *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Barcelona: Bosch.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (2012). El contrato de viaje combinado y el contrato de hospedaje. En: L. M. Miranda Serrano y J. Pagador López (dir.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid: Marcial Pons, 343-366.
- PANTALEÓN, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate). *ADC*, núm. 3, 1019-1092.

- PELLISÉ PRATS, B. (1975). Voz «depósito». En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI, Barcelona: Francisco Seix.
- PÉREZ SERRANO, N. (1930). *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid: Imprenta Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús.
- POTHIER (1845). *Tratado de los contratos de beneficencia*, traducido al español por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona: Imprenta J. Roger.
- PUENTE ORENCH, J. (2018). Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 299-328.
- PUIG BRUTAU, J. (1985-1988). *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II y t. II, vol. I y II, Barcelona: Bosch.
- PUIG PEÑA, F. (1946). *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- RAPONE, P. (2006). *Codice civile*, t. I, Milán: Giuffrè.
- REPRESA POLO, M. P. (2014). Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento. En: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. V, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 418-532.
- REPRESA POLO, M. P. (2004). *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Madrid: Edersa.
- ROCA JUAN, J. (1982). Comentario a los arts. 1758-1789. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, t. XXII, vol. I, Madrid: Edersa.
- ROCA JUAN, J. (1946). El depósito y la garantía real mobiliaria. *Anales de la Universidad de Murcia*, 395-447.
- RODRÍGUEZ BUJÁN, J. (1974). La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes en Derecho español y alemán. *RGLJ*, núm. 2, 150-168.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2017). Los poderes públicos ante el fenómeno de las viviendas particulares dedicadas al uso turístico y la irrupción de la denominada economía colaborativa en este sector: una aproximación a la posición de la Unión Europea, el legislador español y los ejecutivos autonómicos. En: *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, vol. II, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 573-587.
- (2018). El nuevo decreto andaluz sobre viviendas particulares de uso turístico. Análisis a la luz de la agenda europea para la economía colaborativa. *Cuadernos de turismo*, núm. 41, 591-613.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, A. (2001). Cajas de seguridad en los hoteles. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 240, 701-748.
- SAN JULIÁN PUIG, V. (2011). El Contrato de Hospedaje ¿categoría unitaria que aglutina alojamiento hotelero y extrahotelero? *RADP*, núm. 27, 119-136.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. (1994). El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero. *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, 373-398.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018). La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figu-

- ras afines. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 147-190.
- SANTISTEBAN MARTÍN, S. (2002). *El Depósito y la Responsabilidad del Depositario*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- TEMPESTA, E. (1938). Comentario a la voz «depósito». En: *Nuovo Digesto Italiano*, t. VI, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- VICENT CHULIÁ, F. (1990). *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II, Barcelona: Bosch.
- VON TUHR, A. (1934). *Tratado de las obligaciones*, t. II, Madrid: Reus.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1993). *Responsabilidad Civil contractual y extracontractual*, t. I, Madrid: Reus.

NOTAS

¹ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015). La regulación de la economía colaborativa (el caso “Uber contra el taxi”). *Revista CEFLegal*, núm. 175-176, 61. En cuanto a los elementos identificativos de la economía colaborativa, vid. MONTERO PASCUAL, J. J. (2017). La regulación de la economía colaborativa. En: J. J. Montero Pascual, *La regulación de la economía colaborativa: Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas*, Valencia: Tirant lo Blanch.

² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI», DOCE de 11 de junio de 2014. En tal sentido, vid. DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A. M. (2016). El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* [en línea], núm. 5, disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/10350/10927>, 33.

³ La CNMC, en su «Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa» (E/CNMC/004/15), de marzo de 2016, considera que «si bien la crisis ha ayudado a impulsar la economía colaborativa, se trata de un elemento de carácter coyuntural».

⁴ Es el caso, entre otras, del movimiento «Couchsurfing» (www.couchsurfing.com), que permite a los viajeros alojarse de forma gratuita con personas de cualquier parte del mundo, potenciando, así, el intercambio cultural; o el movimiento benéfico llamado «Hogares Lázaro» (www.hogareslazaro.org) nacido en París y que promueve la organización de pisos colaborativos en los que conviven estudiantes con personas sin hogar, favoreciendo su socialización.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», Bruselas, 2 de junio de 2016, COM (2016) 356 final.

⁶ No obstante, aumentando la confusión entre ambas figuras, hay comunidades autónomas que regulan una y otra en el mismo texto normativo, e incluso bajo la misma denominación, como es el caso de Navarra, cuya legislación es anterior a la modificación de la LAU del año 2013. En Andalucía, en cambio, la prueba de la diferencia apuntada se constata en la existencia de dos normas diferentes: Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de viviendas con fines turísticos (en adelante, Decreto andaluz 28/2016) y Decreto

194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos (en adelante, Decreto andaluz 194/2010).

⁷ El artículo 9 del Decreto andaluz 194/2010 exige un mínimo de tres unidades de alojamiento por establecimiento de apartamentos turísticos (cfr. art. 1.2.d. del Decreto andaluz 28/2016 y art. 4.2.b del Decreto aragonés 80/2015, de 5 de mayo).

⁸ La STSJ de Cataluña 315/2013, de 8 mayo, por su parte, dice: «[...] cuando se habla de apartamentos turísticos se piensa en un conjunto de viviendas que conforman una unidad y que se dedica en su totalidad a ofrecerse como establecimiento de alojamiento turístico, mientras que cuando se habla de viviendas de uso turístico se piensa en viviendas más o menos aisladas que se ceden a terceros en condiciones de inmediata disponibilidad para una estancia de temporada, en régimen de alquiler o bajo cualquier otra forma que implique contraprestación económica, por mucho que en un mismo bloque o edificio una misma persona pueda dedicar más de una vivienda a este uso turístico».

⁹ La CNMC, en su «Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España» (E/CNMC/003/18), señala: «La principal diferencia regulatoria radica en que la denominada vivienda de uso turístico es una vivienda destinada a un uso residencial, que puede pertenecer a un particular, que se puede encontrar en una comunidad de vecinos, mientras que los apartamentos turísticos están destinados a un uso de servicios de alojamiento, ocupando normalmente todo un edificio destinado a este fin. Estos, además, deben cumplir con una serie de requisitos adicionales, como poseer una recepción y zonas comunes, y se clasifican por categorías (indicadas con el número de llaves que se le asignan)».

¹⁰ El VI Barómetro del Alquiler Vacacional en España, realizado por el Instituto Multidisciplinar de la Empresa (Universidad de Salamanca) en el año 2019, nos ofrece algunos datos interesantes: la vivienda turística ha sido utilizada en más de 7,9 millones de viajes por ocio o vacaciones en el último año; en el 47,2% de los viajes realizados por los usuarios de viviendas vacacionales, estos solo buscaron esta modalidad alojativa; la satisfacción general con la vivienda turística es el 4,2 sobre 5; el 96,3% de los comentarios publicados por usuarios de viviendas vacacionales son positivos; la utilización de webs especializadas en alojamientos lidera la búsqueda de información entre los usuarios de viviendas turísticas (59,8 %); el 70,6% de los usuarios de vivienda turística, si tuviesen una vivienda en propiedad que no utilizasen de forma continua, la ofertarían como vivienda turística durante algún periodo del año. El informe se encuentra disponible en: <https://bit.ly/2H9gwdx> (consultado el 19 de agosto de 2019).

¹¹ Sobre las ventajas de la expansión de las VUT, *vid.* «Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España» (E/CNMC/003/18).

¹² Aspectos que, según considera la CNMC, están en realidad ligados a la actividad turística en general o a la concentración de visitantes y no exclusivamente a los turistas que se alojan en VUT.

¹³ Decía, al respecto, el referido preámbulo: «No puede, por tanto, confundirse la prestación de alojamiento turístico con el simple arrendamiento de una vivienda amueblada, conforme al artículo segundo de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, por cuanto en este último caso se trata de la transferencia del uso temporal y oneroso de una vivienda, sin que el arrendador se obligue a prestar ningún servicio ni a realizar actividad alguna en beneficio del arrendatario, mientras que en el primero lo característico es el conjunto de asistencias que recibe el cliente de la Empresa desde el momento mismo de la ocupación del alojamiento, no desvirtuando su naturaleza el que se presten todos o solamente algunos de los servicios que en la propia Ordenación se mencionan».

¹⁴ Es el caso del Decreto 29/1991, de 4 de abril, de Islas Baleares, sobre medidas de ordenación de las viviendas turísticas vacacionales o de la Ley 6/1994, de 16 de marzo, de ordenación del turismo del País Vasco, desarrollada posteriormente por el Decreto 191/1997, de 29 de julio, por el que se regulan los apartamentos, viviendas vacacionales, alojamientos en habitaciones de casas particulares y casas rurales.

¹⁵ Vid. SSTs de 30 de marzo de 1974, 30 de junio de 1976, 22 de diciembre de 1979, 29 de junio de 1983, 6 de noviembre de 1984, 20 de septiembre de 1985 o 15 de diciembre de 1999.

¹⁶ La explicación de que el artículo 5.e) LAU excluya las cesiones de la totalidad de la vivienda, y no de parte de ella, es la innecesariedad de excluir aquellos contratos por los que se ceda solo el uso parcial de la vivienda, en tanto que estos contratos quedan en todo caso fuera de la LAU: «*la exclusión de la aplicación de la LAU dispuesta en su art. 5.e) se refiere únicamente al alquiler de la vivienda completa porque el arrendamiento por estancias no está contemplado en la misma, luego ni lo prohíbe ni lo permite*» (STSJ de Castilla y León 86/2018, de 2 de febrero). Es decir, el artículo 5.e) LAU, no prohíbe la cesión por estancias.

¹⁷ Los incisos introducidos en la modificación de 2019 amplían el requisito referente a la comercialización o promoción, no limitándolo a canales de oferta turística, sino a cualquier otro modo.

¹⁸ MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2018). Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 196, defiende que esa normativa sectorial podría referirse también a una normativa estatal reguladora de la relación contractual, la cual, a día de hoy, no existe.

¹⁹ CAMPUZANO TOMÉ, H. (2015). El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *RCDI*, núm. 749, 1233-1234, considera, no obstante, que la modificación anunciada no aporta nada nuevo, debiendo ser interpretada como el expreso reconocimiento por parte del legislador de la exclusión del régimen general de Arrendamientos Urbanos de aquellos contratos de alquiler de viviendas que, por conllevar la realización de actividades turísticas reguladas como tal en las correspondientes legislaciones autonómicas turísticas, exceden del ámbito de aplicación de la LAU.

²⁰ Considera FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2018). *El alojamiento colaborativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 94-95, que la mera comercialización y promoción de los arrendamientos a través de canales turísticos no es criterio suficiente para alterar la naturaleza jurídica del contrato.

²¹ Andalucía (Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos); Aragón (Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón); Castilla y León (Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León); Castilla-La Mancha (Decreto 36/2018, de 29 de mayo, de apartamentos y viviendas de uso turístico); Cantabria (Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria); Cataluña (Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico); Comunidad de Madrid (Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid); Comunidad Foral de Navarra (Decreto foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de ordenación de los apartamentos turísticos en la Comunidad Foral de Navarra); Comunidad Valenciana (Decreto 92/2009, de 3 de julio, que aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana); Extremadura (Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura); Galicia (Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos

turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia); Islas Baleares (Ley 8/2012, de 19 de julio del turismo de las Islas Baleares); Islas Canarias (Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias); La Rioja (Decreto 10/2017, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja); País Vasco (Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo); Principado de Asturias (Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico); Región de Murcia (Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y alojamientos vacacionales, derogado a excepción del Capítulo V, referido concretamente a los alojamientos vacacionales).

²² *Vid.*, al respecto, GUILLÉN NAVARRO, N. (2018). Ámbito objetivo del contrato de alojamiento turístico: ¿qué viviendas se pueden arrendar? En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 245 y sigs.

²³ Mientras que en Andalucía se presume «que existe habitualidad y finalidad turística cuando la vivienda sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística» (art. 3.2 Decreto andaluz 28/2016), en Castilla y León se entiende que existe habitualidad «cuando se facilite alojamiento en una o más ocasiones dentro del mismo año natural por tiempo que, en conjunto, exceda de un mes» (art. 4.c Decreto 3/2017, de 16 de febrero).

²⁴ Frente a gran parte de las normas autonómicas, en Andalucía, el artículo 5.b Decreto 28/2016, admite explícitamente la cesión de habitaciones siempre que el propietario resida en la vivienda. También lo admite País Vasco (art. 36.1.c Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo) y Asturias (art. 12.1 Decreto 48/2016, de 10 de agosto), donde se contempla expresamente la innecesariedad de que el propietario de la vivienda resida en la misma.

²⁵ Es frecuente la exclusión de las viviendas que se ceden sin contraprestación, que se encuentran sometidas a otras legislaciones específicas (viviendas rurales, apartamentos turísticos, etc.), o que superan ciertos límites temporales por considerarse que no se trata de una estancia turística. Incluso se han llegado a exigir periodos mínimos en cuanto a cesión del uso de la vivienda, como es el caso de Madrid, que establecía un periodo mínimo de cinco días (art. 17.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio), lo cual fue declarado nulo por la STSJ de Madrid 292/2016, de 31 de mayo. También se han llegado a restringir las VUT en determinados tipos de suelo, como es el caso de las Islas Canarias, cuyo artículo 3.2 Decreto 113/2015, de 22 de mayo, las restringía en «urbanizaciones turísticas» o en «urbanizaciones mixtas residenciales turísticas», precepto que fue también declarado nulo por la STSJ de las Islas Canarias 41/2017, de 21 de marzo.

²⁶ En el mismo sentido, *vid.*, SSTC 28/2012, de 1 de marzo y 18/2016, de 4 de febrero. *Vid.*, al respecto: FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *op. cit.*, 71, 75 y 260; GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 118; MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *op. cit.*, 195; MARTOS CALABRÚS, M.A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *RDC*, núm. 1, 93.

²⁷ *Cfr.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019). De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH. *RDP*, núms. 5-6, quien, refiriéndose, en este caso, al Decreto-Ley 7/2019, considera que en el mismo subyace una cierta delegación legislativa o, cuando menos, cierto reconocimiento de competencia legislativa en favor de las CCAA en materia de alquileres turísticos. *Vid.*, asimismo, BOIX PALOP, A. (2018). Estrategias regulatorias para la resolución de los conflictos de intereses generados por la proliferación del alojamiento de corta duración con intermediación digital. En: A. M. De la Encarnación (dir.), *La regulación del alojamiento colaborativo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 269-270.

²⁸ En tal sentido, *vid.*: PAGADOR LÓPEZ, J. (2012). El contrato de viaje combinado y el contrato de hospedaje. En: L. M. Miranda Serrano y J. Pagador López (dir.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid: Marcial Pons, 363; SAN JULIÁN PUIG, V. (2011). El Contrato de Hospedaje ¿categoría unitaria que aglutina alojamiento hotelero y extrahotelero? *RADP*, núm. 27, lo califica como contrato nominado pero atípico; GARCÍA LUENGO, R. B. (2001). El contrato de hospedaje: especial referencia al alojamiento turístico hotelero. *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 61.

²⁹ CASTAÑOS CASTRO, P. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2014). ¿Deben las leyes españolas regular el contrato de alojamiento? *Repertorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA)* [en línea], disponible en: <http://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/8340>, consideran que la decisión del legislador de no regular el contrato de hospedaje en su conjunto parece estar justificada, en tanto que las normas del contrato de servicios, de las obligaciones y contratos y de protección de los consumidores, resultan suficientes para resolver las distintas cuestiones que suscita esta relación contractual.

³⁰ En un sentido similar: PÉREZ SERRANO, N. (1930). *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid: Imprenta Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, 86; CASTÁN TOBENAS, J. (1986-1988). *Derecho civil español, común y foral*, t. III y IV, Madrid: Reus, 705; PUIG BRUTAU, J. (1988). *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I Barcelona: Bosch, 418; JORDANO BAREA, J. (1953). Los contratos atípicos. *RGLJ*, núms. 7-8, 93.

³¹ En un sentido similar: GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 62-63.

³² Asimismo, REPRESA POLO, M. P. (2014). Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento. En: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. V, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 345-34, defiende que, si junto al alojamiento se contratan otros servicios (v. gr. depósito de objetos de seguridad o garaje), el carácter accesorio de los mismos y la necesidad de una nueva declaración de voluntad determina que se trate de una unión de contratos en la que cada uno conserva su propia causa y se rige por su régimen jurídico. CASTAÑOS CASTRO, P. (2014). Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 6, más que como contrato mixto, lo considera un contrato de servicios, en el que, a pesar de la diversidad de prestaciones, todas ellas son consideradas servicios a favor del consumidor.

³³ La atención telefónica permanente, así como el servicio de asistencia y mantenimiento de la vivienda es exigido por otras comunidades autónomas como es el caso, por ejemplo, de Galicia (art. 39 Decreto 12/2017 de 26 de enero), Aragón (art. 10 Decreto 80/2015 de 5 de mayo) Cataluña (art. 67 Decreto 159/2012, de 20 de noviembre), o Castilla y León (art. 25 Decreto 3/2017, de 16 de febrero). Valencia entiende comprendido el servicio de conservación, mantenimiento y reparaciones, además del de recogida de basuras desde la vía pública o recinto destinado a tal efecto (art. 16 Decreto 92/2009, de 3 de julio). Por su parte, hay una serie de CCAA que únicamente contemplan como servicios adicionales el de atención telefónica permanente, como es el caso de Andalucía (art. 6 Decreto 28/2016, de 2 de febrero), Asturias (art. 27.c Decreto 48/2016, de 10 de agosto), La Rioja (art. 70.3 Decreto 10/2017, de 17 de marzo), Castilla La Mancha (art. 16.1.i Decreto 36/2018, de 29 de mayo) o Islas Canarias (art. 7.4 Decreto 113/2015, de 22 de mayo).

³⁴ *Vid.*, asimismo, la consulta vinculante número V2305-08, de 4 de diciembre de 2008.

³⁵ Si bien el artículo 20.Uno.23º LIVA establece que estarán exentos del impuesto los arrendamientos que tengan la consideración de servicios según lo dispuesto en el artículo 11 LIVA, así como la constitución y transmisión de derechos reales de goce y disfrute que tengan por objeto los edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a vivienda, la letra eº) del referido precepto establece que la exención no comprenderá «Los arrendamientos de apartamentos o viviendas amueblados cuando el arrendador se obligue

a la prestación de alguno de los servicios complementarios propios de la industria hotelera, tales como los de restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos».

³⁶ En el mismo sentido, *vid.* las consultas vinculantes número: V804/13, de 14 de marzo; V2348/13, de 15 de julio; V3095/14, de 14 de noviembre; V3157/14, de 26 de noviembre; o V575-15, de 13 de febrero.

³⁷ *Vid.*: REPRESA POLO, M. P. (2014). Los contratos..., *op. cit.*, 360; SAN JULIÁN PUIG, V., *op. cit.*; GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2015). La vivienda..., *op. cit.*, 118; JIMÉNEZ HORWITZ, M. (2019). La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3; PUENTE ORENCH, J. (2018). Régimen de responsabilidad (por incumplimiento y por daños) y seguros en las VFT. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 307.

³⁸ *Cfr.* MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *op. cit.*, 209-210; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., y GARCÍA GARCÍA, J. A. (2018). La cesión de viviendas con fines turísticos: concepto, naturaleza y delimitación frente a figuras afines. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 179 y sigs.; MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2018). La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, Madrid: Reus, 56 y 59, quien defiende que, de considerarlo hospedaje, con independencia de que se acuda a la teoría de la absorción, de la aplicación analógica o de la combinación, la normativa sobre arrendamiento debe aplicarse, así como la teoría general del contrato para los restantes aspectos civiles del contrato.

³⁹ Un tratamiento particular tendrá, por otra parte, el automóvil del cliente, respecto al que habrá que atender a cómo y dónde se aparque, cuestión de la que no nos ocuparemos en este trabajo por cuestiones de espacio.

⁴⁰ El Código civil emplea tales términos (fondistas y mesoneros) porque eran los usados en la época de su redacción para referirse a las personas que regentaban un establecimiento en el que recibían viajeros para su manutención y, principalmente, para su alojamiento. Por lo tanto, interpretando tales términos conforme a la realidad social actual, podría entenderse por «fondistas o mesoneros» aquellos establecimientos dedicados al hospedaje de extraños (hoteles, hostales, albergues, pensiones...).

⁴¹ D'ORS, A. [et al.] (1968). *El Digesto de Justiniano*, t. I, Pamplona: Aranzadi, 234-235: «Muy grande es la utilidad de este edicto, porque muchas veces es necesario fiarse de ellos y encomendar objetos a su custodia. Y no 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 en perjuicio de aquellos de quienes reciben algo en custodia, siendo así que ni aun con esto se abstienen ciertamente tales fraudes» (D. 4.9.1.1). GIMÉNEZ-CANDELA, T. (1990). *Los cuasidelitos*, Madrid: Trivium, 131-132: «en general las gentes dedicadas al comercio, transporte o al hospedaje no gozaban de buena reputación por motivos muy variados (...) ello explica que se sintiera la necesidad de una sanción jurídica, que pudiera paliar los posibles riesgos que dichas actividades llevaban consigo».

⁴² D'ORS, A. [et al.], *op. cit.*, 234.

⁴³ *Ib.*, 236: «quedan obligados por razón de la custodia» (D. 4.9.5 [Gayo, libro V, sobre el Edicto provincial]).

⁴⁴ *Ib.*, 237: «Todo lo que hemos dicho sobre el hurto debe entenderse también respecto al daño, pues no debe dudarse de que el que asume algo bajo su custodia se entiende que no solo garantiza por el hurto, sino también por el daño» (D. 4.9.5.1).

⁴⁵ *Ib.*, 236: «Quedan obligados por esta acción los mesoneros y estableros, porque sumen bajo su custodia en razón del ejercicio de su negocio, pero si la hiciera fuera de su negocio, entonces no quedan obligados» (D. 4.9.3.2 [Ulpiano, libro XIV, sobre el Edicto]).

Vid. LÓPEZ-AMOR Y GARCÍA, M. (1994). *Receptum argentarii. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. En: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 727.

⁴⁶ D'ORS, A. [et al.], *op. cit.*, 236: «Dijo Viviano que este edicto se refiere también a aquellas cosas que se introducen en la nave después de cargarse y colocarse en ellas las mercancías, aunque no se pague nada por su transporte, como los vestidos y las provisiones diarias, porque estas mismas cosas van unidas a la locación de los demás» (D. 4.9.4.2 [Paulo, libro XIII, sobre el Edicto]).

⁴⁷ *Id.*: «por este edicto el que asumió bajo su custodia se obliga en todo caso, aunque perezca la cosa sin su culpa, o se le haya causado un daño, a no ser que haya acontecido por accidente inevitable [...] no es injusto dar una excepción, y lo mismo habrá que decir también si en el establo o mesón hubiere ocurrido un caso de fuerza mayor» (D. 4.9.3.1).

⁴⁸ GREGORIO LÓPEZ, en sus glosas a *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX*, Imprenta de Antonio Bergnes, 1843, t. III, 177, califica a los posaderos como hombres rapaces y villanos y justifica esta responsabilidad en la necesidad de recurrir a estos profesionales por parte de los viajeros.

⁴⁹ Ya POTHIER (1845). *Tratado de los contratos de beneficencia*, traducido al español por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona: Imprenta J. Roger, 158, lo calificó de depósito y, concretamente, como accesorio de su condición de posadero.

⁵⁰ LAURENT, F. (1877). *Principes de Droit Civil français*, t. XXVII, Bruselas: Bruylant, 154, justifica la existencia de esta responsabilidad especialmente gravosa, en la mala reputación de los posaderos.

⁵¹ *Id.*: SANTISTEBAN MARTÍN, S. (2002). *El Depósito y la Responsabilidad del Depositario*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 164; BADOSA COLL, F. (1991). Comentario a los artsículos 1758-1789. En: *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1697; o ROCA JUAN, J. (1982). Comentario a los artículos. 1758-1789. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, t. XXII, vol. I, Madrid: Edersa, 196. No obstante, algunos autores defienden que se trata de un verdadero depósito, *vid.*: COVIÁN JUNCO, V. (1910). Comentario a la voz «depósito». En: *Enciclopedia Jurídica Española*, t. X, Barcelona: Seix Editor, 840.

⁵² *Id.* GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 69-70 y, en 75; o LACRUZ BERDEJO, J. L. (2013). *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Madrid: Dykinson, 248.

⁵³ Artículo 1950 Código civil francés actual: «La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur supérieure au chiffre prévu à l'article 1359». Similar redacción a la de 1804, cuando decía: «La preuve par témoins peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs».

⁵⁴ Señala LAURENT, F., *op. cit.*, 152, que la asimilación al depósito necesario tiene como fin que resulte posible la prueba testifical. En el mismo sentido, *vid.* AUBRY, MM. C. y RAU, C. (1844). *Cours de droit civil français*, t. III, Estrasburgo: Paris Arthur Rousseau, 1844, 116.

⁵⁵ En el mismo sentido, BADENAS CARPIO, J. M. (2000). El contrato de hospedaje. En: M. V. Petit lavall (coord.), *Lecciones de Derecho del Turismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 291, considera que se trata no solo de una responsabilidad, sino también de una obligación legal; JORDANO FRAGA, F. (1985). Las reglas particulares de la responsabilidad contractual. *RCDI*, núm. 568, 640; HERNÁNDEZ GIL, F. (2000). Comentario a los artículos 1758-1789 del Código civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código civil*, t. VII, Barcelona: Bosch, 1071.

⁵⁶ RAPONE, P. (2006). *Codice civile*, t. I, Milán: Giuffrè, 2306, lo considera como una prestación accesoria del contrato de hospedaje, concretamente como un deber de protección que se integra en la obligación principal del deudor en base al criterio de la buena fe.

⁵⁷ Entre las sentencias en las que el Tribunal Supremo considera que el depósito necesario de los efectos de los viajeros deriva del contrato de hospedaje, *vid.*, asimismo,

las SSTs de 10 de junio de 1987 o 15 de marzo de 1990. En este sentido, señala JORDANO FRAGA, F. (1985). Las reglas..., *op. cit.*, 640-641: «así como el deber accesorio de custodia es legal, la responsabilidad del hostelero que deriva de su infracción sigue siendo contractual, pues el ámbito de ésta se refiere al incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera que sea su fuente, no necesariamente un contrato».

⁵⁸ *Vid.*, en este sentido: GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid: s. n., 104, quien señala, simplemente, que el artículo no se opone a este pacto, basándose, para ello, en la ya referida Ley 26 de Partida y en el D. 4.9.7 que hacen cesar la responsabilidad del fondista cuando ambos lo convinieron; LAURENT, F., *op. cit.*, 167, mantiene, al respecto, que «ainsi il n'est pas permis de stipuler que l'on ne répondra pas de sa faute [...] c'est convenir que l'aubergiste ne répondra pas de la négligence du voyageur, et cette convention n'a rien de contraire au droit ni à la morale»; PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, 1930, 246, quien considera que «no se está en presencia de derechos irrenunciables, de esos que vienen a constituir una especie de función social»; RODRÍGUEZ BUJÁN, J. (1974). La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes en Derecho español y alemán. *RGLJ*, núm. 2, 164; BADENAS CARPIO, J. M. (2000). El contrato..., *op. cit.*, 292.

⁵⁹ *Vid.* MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1972). *Comentarios al Código civil español*, t. XI, Madrid: Reus, 993; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. (1994). El depósito derivado del hospedaje y la responsabilidad del hospedero. *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, 393; o GONZÁLEZ CABRERA, I. (2008). *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid: La Ley, 118.

⁶⁰ Artículo 1953.III Código civil francés: «Dans tous les autres cas, les dommages-intérêts dus au voyageur sont, à l'exclusion de toute limitation conventionnelle inférieure, limités à l'équivalent de cent fois le prix de location du logement par journée, sauf lorsque le voyageur démontre que le préjudice qu'il a subi résulte d'une faute de celui qui l'héberge ou des personnes dont ce dernier doit répondre».

⁶¹ COSTABILE, C. (2019). *Codice civile commentato*, Milán: Giuffrè, 2176, señala que la razón de ser de este precepto es la protección del cliente, que en este tipo de contratos es la parte más débil, ya que podría, a la vista de la necesidad de encontrar un alojamiento donde alojarse, aceptar condiciones injustas. Señala, asimismo, que el precepto es consecuencia de la *Convention on the Liability of Hotel-keepers concerning the Property of their Guests*, de 17 de diciembre de 1962, cuyo artículo 6 establece: «Any notice or agreement purporting to exclude or diminish the hotel-keeper's liability given or made before the damage, destruction or loss has occurred shall be null and void». Una disposición similar existía con anterioridad al referido Convenio, estableciendo el artículo 1784, *in fine*: «E' nullo ogni patto tendente a escludere o a diminuire la responsabilità prevista dai comuni precedenti», y lo justificaba FIORENTINO, A. (1952). *Il nuovo Codice civile commentato*, t. II, Nápoles: Eugenio Jovene, 288, diciendo: «La nullità discende logicamente dalla condizione di necessità in cui si trova il viaggiatore, a tutela del quale la norma è stata dettata».

⁶² *Vid.* LÓPEZ BARBA, E. (2018). Contenido del contrato de alojamiento turístico: derechos y obligaciones de las partes contratantes. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.) y M. García Mayo (coord.), *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal* Madrid: Reus, 283-283, quien considera que «el deber de custodia sobre los bienes de los viajeros se difumina, toda vez que el prestador del servicio no está presente durante la vida del contrato», por lo que en este tipo de alojamientos el derecho de seguridad sobre los bienes «debe ser entendido en sus justos términos, en atención a las particularidades del alojamiento»; MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *International journal of scientific management and tourism*, núm. 1, 377, quien refiriéndose a la cesión de habitación por parte del anfitrión al huésped, dice que «no parece que exista este depósito necesario» propio del contrato de hospedaje; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *op. cit.*,

164: «no parece, sin embargo, que en el arrendamiento de la vivienda de uso turístico exista el depósito necesario que se toma como presupuesto del deber de custodia, ni siquiera en los casos en los que el anfitrión o arrendador facilite una caja de seguridad al huésped»; PUENTE ORENCH, J., *op. cit.*, 305 y 318, quien considera que en una VUT unifamiliar en la cual el prestador no está físicamente presente ni existe una recepción, es muy posible que no exista el deber de custodia, aunque habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto, atendiendo al tipo de VUT, a la ubicación o no en un inmueble destinado a la actividad turística en su conjunto, o a la condición profesional o no del prestador.

⁶³ Limitación que, por otra parte, llegó a otros países de nuestro entorno incluso con carácter previo a la aprobación de nuestro Código civil. España ni tan siquiera se ha adherido al Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad de los hoteleros por los objetos de los viajeros llevados a sus establecimientos, firmado en París en 1962, que contempla un modelo de responsabilidad contractual objetiva y limitada y que ha propiciado modificaciones legislativas en muchos países de nuestro entorno. En nuestro país, únicamente cabe destacar la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, sobre clasificación de los establecimientos hoteleros, cuyo artículo 78 establece que los hoteleros estarán exentos de responsabilidad por la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en las cajas fuertes, salvo dolo en los hoteleros o en sus empleados. Sin embargo, no solo es que, en la actualidad existan objetos de cuantioso valor de los que no es fácil desprenderse (teléfono móvil, tableta, ordenador portátil, etc.), sino que lo dispuesto en la Orden contradice lo dispuesto en el Código civil. Contradicción, esta, que ha de resolverse a favor de lo dispuesto en el Código, en base al principio de jerarquía normativa (*vid.* STS de 15 de marzo de 1990).

⁶⁴ GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento...*, *op. cit.*, 116, por su parte, considera la posibilidad de la concurrencia de culpas con una reducción —que no exención— de la responsabilidad del hotelero.

⁶⁵ JORDANO FRAGA, F. (1994). Comentario a la STS de 27 de enero de 1994. *CCJC*, núm. 34, 368, considera que no siempre ha de considerarse liberado el hotelero en tales supuestos, debiendo atenderse a la categoría del establecimiento, de forma que si es un hotel de lujo habrán de exigírseles mayores medidas de seguridad.

⁶⁶ *Vid.*, en el mismo sentido, la STS 15 de marzo de 1990.

⁶⁷ Entre la doctrina que defiende esa responsabilidad objetiva, *vid.*: DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid: Civitas, 581; BADOSA COLL, F. *op. cit.*, 1.700; GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 76; RODRÍGUEZ BUJÁN, J., *op. cit.*, 163; COVIÁN JUNCO, V., *op. cit.*, 841: «la responsabilidad de los dueños de las hospederías es muy parecida al riesgo profesional que se impone a los patronos por ciertas leyes sociales»; o MANRESA Y NAVARRO, J.M., *op. cit.*, 991.

⁶⁸ CEBALLOS MARTÍN, M. M. y PÉREZ GUERRA, R. (2001). *El contrato turístico de alojamiento hotelero*, Granda: Comares, 82, por su parte, defienden que «estamos ante una responsabilidad contractual de carácter empresarial y esto es lo que sirve de verdadero fundamento, dado que la sola mención de fuerza mayor en otros lugares del Código civil mantiene los criterios de responsabilidad basados en la culpa».

⁶⁹ GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 78, considera que la expresión «extraños» ha de interpretarse en un sentido amplio, referido a todos los que se encuentren en el establecimiento dado su carácter público, no por razón de dependencia del empresario: el resto de usuarios y todos aquellos que entren y salgan del mismo.

⁷⁰ En el mismo sentido, *vid.* LÓPEZ PELÁEZ, P. (2009). La responsabilidad civil y las residencias de personas mayores: especial referencia a los efectos personales introducidos en el establecimiento. *RCDI*, núm. 716, 2943, que se refiere, asimismo, a la «posibilidad casi ininterrumpida del personal de entrar en las habitaciones».

⁷¹ Sobre la discusión habida respecto a la interpretación restrictiva de los arts. 1783 y 1784 del Código civil o la posible aplicación analógica a otras situaciones similares

en las que la actividad principal no es el hospedaje de extraños (hospitales, balnearios, restaurantes...), *vid.*: COVIÁN JUNCO, V., *op. cit.*, 841; PELLISÉ PRATS, B. (1975). Voz «depósito». En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI, Barcelona: Francisco Seix, 874; PUIG PEÑA, F. (1946). *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 423, quien precisa que ha de tratarse de una «industria» que tenga por finalidad principal el alojamiento de extraños. A la aplicación de esta responsabilidad a otras situaciones se refiere el artículo 1786 del Código civil italiano: «*Le norme di questa sezione si applicano anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili*».

⁷² *Vid.*: SANTISTEBAN MARTÍN, S., *op. cit.*, 169, justifica su afirmación: «ya sea por aplicación analógica de los artículos 1783 y 1784 del Código civil pensados para el depósito hotelero, ya sea por entender que opera la exigencia, conforme a la buena fe, de exigir una prestación accesoria de custodia por parte del titular de la actividad principal»; DE PAGE, H. (1952). *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, t. V, Bruselas: Bruylant, 230; JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 520 y en «Las reglas...», *op. cit.*, 657: «la responsabilidad es extensible a todos aquellos establecimientos en los que el normal desarrollo de la actividad deuditoria que allí se desenvuelve, presupone en el cliente una dificultad para proveer a la custodia de las cosas introducidas por necesidad o costumbre en los mismos, y una mayor facilidad del deudor-empresario para la custodia. Es decir, en todos aquellos casos en que, con arreglo a la buena fe, el pleno disfrute de la prestación principal deba comprender la prestación accesoria de garantía o custodia».

⁷³ BADOSA COLL, F., *op. cit.*, 1700: «la expresión fuerza mayor se utiliza en sentido técnico o estricto, diferenciado del caso fortuito. Lo demuestra la modificación que sufrió el artículo 1784 en la segunda edición del CC; mientras que la edición primitiva concluía con la frase alternativa “pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por fuerza mayor”, en la versión reformada se subraya que el robo a mano armada es una modalidad de fuerza mayor».

⁷⁴ *Vid.*, asimismo, PUIG BRUTAU, J. (1985). *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. II, Barcelona: Bosch, 437.

⁷⁵ Para CARBONNIER, J. (1996). *Droit Civil. Les obligations*, t. IV, París: Presses universitaires de France, 288, un suceso no constituye fuerza mayor si no concurren los tres caracteres: inevitabilidad, imprevisibilidad y exterioridad.

⁷⁶ GARCÍA LUENGO, R. B., *op. cit.*, 77-78, precisa que, dado el carácter que tiene la responsabilidad del hotelero, habría de estimarse que la única culpa del usuario que libera de responsabilidad a aquel es la culpa grave.

⁷⁷ En el mismo sentido, la STS de 27 de enero de 1994 distingue entre caso fortuito y fuerza mayor: «los hoteleros responden de los casos fortuitos que impidan el cumplimiento de sus obligaciones, aunque no de los casos de fuerza mayor incluidos en los arts. 1783 y 1784».

⁷⁸ Entre quienes consideran que el hospedero responde del caso fortuito surgido en el normal ejercicio de la industria, *vid.*: VICENT CHULIA, F. (1990). *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II, Barcelona: Bosch, 370; CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, t. III, 1986, 232; ESPÍN CÁNOVAS, D. (1983). *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Madrid: Edersa, 192; ROCA JUAN, J. (1982). *Comentario...*, *op. cit.*, 307.

⁷⁹ *Vid.* ROCA JUAN, J. (1982). *Comentario...*, *op. cit.*, 196; DALMARTELLO, A., y PORTALLE, G. (1964). *Comentario a la voz «depósito»*. En: *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Milán: Giuffrè, 250.

⁸⁰ Hay quien defiende tal responsabilidad incluso en el supuesto de que finalmente no se celebre el contrato de hospedaje; *vid.*: JORDANO FRAGA, F. (1985). *Las reglas...*, *op. cit.*, 647; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (2018). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, t. 2, Madrid: Tecnos, 170-171, quien se apoya en que se trata de una responsabilidad *ex lege*.

⁸¹ En este supuesto, como defiende SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, A. (2001). Cajas de seguridad en los hoteles. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 240, 726, existe un verdadero contrato de depósito (una custodia directa), por ejercitarse mediante la posesión directa de los bienes.

⁸² En el mismo sentido, HUALDE MANSO, T. (1991). La obligación de custodia en el depósito. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 12, 112.

⁸³ *Vid.* TEMPESTA, E. (1938). Comentario a la voz «deposito». En: *Nuovo Digesto Italiano*, t. VI, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 749; OZCÁRIZ MARCO, F. (1997). *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Barcelona: Bosch, 199.

⁸⁴ *Cfr.* GONZÁLEZ CABRERA, I. (2010). El doble tratamiento jurídico del vehículo que introduce el huésped en el establecimiento hotelero. *Revista andaluza del derecho del turismo*, núm. 4, 126-127; FRAGALLI, M. (1958). Comentario a la voz «albergo». En: *Enciclopedia del Diritto*, t. I, Milán: Giuffrè, 982-983.

⁸⁵ Por ello, PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, 220, considera que no cabe predicar tal responsabilidad cuando, por ejemplo, se admiten huéspedes en el propio hogar, pues no hay un verdadero régimen de empresa.

⁸⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», Bruselas, 2 de junio de 2016, COM (2016) 356 final.

⁸⁷ Concreta el autor que la consideración como empresario exige una gestión profesional del arrendamiento, en el sentido de que no se trate de una actividad aislada, y de que venga acompañada de la realización de un conjunto de prestaciones en torno al alojamiento.

⁸⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *op. cit.*, 177-179, afirma que la consideración como empresario o no del anfitrión no repercute en la aplicación de la normativa autonómica, sino en otros aspectos como los mercantiles, tributarios o laborales; mientras que MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *op. cit.*, considera que la consecuencia importante de la consideración como empresario es la aplicación de la LGDCU cuando el huésped sea un consumidor.

⁸⁹ También MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, 996, considera que la responsabilidad en estos casos tiene su fundamento en la vigilancia que debe ejercer sobre los entrantes y salientes del establecimiento, aun cuando no sean viajeros.

⁹⁰ La existencia en la VUT de una caja de seguridad al servicio del cliente, no conlleva, necesariamente, una responsabilidad del anfitrión por los efectos sustraídos de la misma. Téngase en cuenta que no nos encontramos ante un contrato de depósito —de custodia directa—, pues los objetos no han sido entregados y puestos a disposición del empresario para que este los guarde y los devuelva cuando los solicite el cliente. Se trata de un nuevo contrato en el que habrá que estar a lo acordado entre las partes. En estos casos, el Tribunal Supremo, en supuestos de establecimientos hoteleros, ha admitido la limitación cuantitativa de la responsabilidad del hotelero cuando se advierta claramente al cliente de tal limitación (STS 126/2008 de 8 de febrero).

⁹¹ Otras normativas autonómicas, en cambio, sí contemplan la obligación de suscribir el seguro de responsabilidad civil; es el caso de Madrid (art. 18.5 Decreto 79/2014, de 10 de julio) o Galicia (art. 41.2.e.5º Decreto 12/2017, de 26 de enero). Sobre los seguros, *vid.*: GIMENO BEVIÁ, V. (2017). El aseguramiento en las viviendas de uso turístico. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 98 y sigs.

⁹² *Vid.* GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento...*, *op. cit.*, 109; HERNÁNDEZ GIL, F., *op. cit.*, 1072; o SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, 387.

(Trabajo recibido el 5-10-2019 y aceptado para su publicación el 9-3-2020)