

EL CONCEPTO JURIDICO DE HOSPEDAJE (*)

Por
Juan Ortiz de Mendivil
Técnico de Administración Civil

I N D I C E

0. Introducción.
1. Dificultades que plantea.
2. El hospedaje y el contrato de subarriendo.
 - 2.1. Generalidades.
 - 2.2. El pequeño subarriendo.
 - 2.3. El pequeño hospedaje.
 - 2.4. Examen de las notas reguladoras del contrato.
 - 2.4.1. El criterio de la estabilidad.
 - 2.4.2. La cuestión del término contractual.
 - 2.4.3. El mecanismo de reconducción contractual.
 - 2.4.4. El criterio de empresa.
 - 2.4.5. El criterio de las prestaciones.
 - 2.4.6. El criterio de los servicios.
3. Hospedaje civil y mercantil.
4. Conclusiones.

(*) El presente trabajo es parte del libro del mismo autor, «Turismo y derecho público», que próximamente publicará el Instituto de Estudios Administrativos de la E. N. A. P., con cuya autorización se publica este estudio.

0. INTRODUCCION

El presente trabajo es la primera parte de otro de mayor extensión referente a los contratos de alojamiento turístico. A su vez, estos últimos contratos no son sino una modalidad dentro de la categoría más amplia de los que se pueden denominar «contratos turísticos».

La interacción de los aspectos privados y públicos que laten en este género de contratos aconsejó, al tratar el supuesto concreto del alojamiento, arrancar de las fuentes tradicionales y más antiguas —en este caso las privativas— para, a la vista de las aportaciones de la moderna normativa administrativa, avocar a un concepto decantado del hospedaje en general. Es esta fase la desarrollada en el presente trabajo.

1. EL HOSPEDAJE: DIFICULTADES QUE PLANTEA SU CONCEPTO

Tradicionalmente, el concepto doctrinal de hospedaje, ha venido planteando dificultades. Estas dificultades parecían derivarse, en gran parte, del silencio de nuestros textos legales tradicionales, pues como es sabido, ni el Código Civil, ni el Código de Comercio, ni los diversos textos que han regulado los arrendamientos de viviendas y locales de negocio, se han enfrentado directamente con el problema (1).

Sin embargo, cuando posteriormente el derecho especial (2) ha encarado la definición de hospedaje, se ha visto sin duda frente a dificultades. Esta circunstancia la deducimos, de un lado, de la movilidad del concepto dentro de las diversas definiciones que los textos legales han ofrecido; de otro, de la relativa obscuridad e inconcreción de las definiciones ofrecidas por los textos más modernos, particularmente el Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas, en donde indirectamente se propone una definición al determinar qué estableci-

(1) Código Civil: artículos 1.783, 1.784, 1.922, 1.967; Código de Comercio: artículo 704; Leyes de Arrendamientos Urbanos de 1946 y 1964, y Decreto de 1956.

(2) La normativa administrativa.

miento o industrias deben considerarse como hoteleras o de hospedaje (3).

El origen de esta dificultad creemos que se remonta a la incidencia del hospedaje en otras formas contractuales tradicionales del derecho privado, particularmente del derecho civil.

De estas formas contractuales a las que nos referimos, las más significativas son las relaciones contractuales de los subarriendos de vivienda y de locales de negocio.

2. EL HOSPEDAJE Y EL CONTRATO DE SUBARRIENDO

2.1. *Generalidades.*

Con el fin de seguir un orden de exposición que facilite la comprensión del tema y las implicaciones entre las diversas formas contractuales, parece oportuno, en primer lugar, hacer una exposición sistemática de la normativa legal del subarriendo en relación con el hospedaje.

Parece también útil y esclarecedor establecer el parangón entre la regulación legal del contrato de subarriendo de vivienda en la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946, y la vigente de 22 de diciembre de 1964, cuya redacción coincide esencialmente en la materia que exponemos, con el texto que aprobó el Decreto de 1956, hoy derogado.

Esencial e inicialmente, ambas leyes son coincidentes al estimar al contrato de subarriendo de vivienda, como aquel que sobre la base de un arrendamiento preexistente, crea una nueva relación jurídica entre el arrendatario (en el primer contrato de arrendamiento) ahora subarrendador, y un tercer (subarrendatario). La prestación del arrendatario-subarrendador consiste en facilitar habitación o vivienda, total o parcialmente, con los muebles necesarios y pertinentes para que la vivienda pueda ser habitada; la contraprestación es el precio.

De la preexistencia del contrato de arrendamiento que sirve de

(3) Son Empresas Hoteleras las dedicadas, de modo profesional o habitual, mediante precio, a proporcionar habitación a las personas, con o sin otros servicios de carácter complementario (artículo 2 del Decreto de 14 de enero de 1965).

base a este subcontrato, derivan, como es sabido, importantes consecuencias. De un lado, el precio del subarriendo es, por voluntad de la Ley, una función del precio del arrendamiento. De otro, las relaciones entre subarrendatario y arrendador, son inicialmente mediatas, aún cuando en determinadas circunstancias el subarrendatario pueda llegar a eliminar la personalidad jurídica interpuesta del subarrendador-arrendatario.

Pero esta posibilidad redundan en la tesis de que las relaciones jurídicas entre subarrendatario-arrendador son mediatas, pues lo que en tal evento acaece es que el subarrendatario, al ascender un escalón y eliminar a la parte con quien inicialmente contrató —subarrendador—, ocupa su puesto frente al arrendador, convirtiéndose en arrendatario (4). Así pues, y no insistimos más en ello, del contrato de subarriendo de vivienda surge con carácter permanente, es decir, mientras subsiste este contrato, un entramado de relaciones jurídicas: directas entre arrendador-arrendatario, y subarrendador-subarrendatario; mediatas entre arrendador-subarrendatario.

El arrendador no ignora la existencia del subarrendatario; muy por el contrario, debe conocerla, pues preceptivamente el artículo 10 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que el subarriendo de vivienda exigirá siempre la autorización expresa y escrita del arrendador, así como la entrega al subarrendatario del mobiliario adecuado y suficiente para casa-habitación. Además, la existencia del subarriendo, al modificar el precio del contrato de arrendamiento, incide directamente en él (5).

Lo expuesto hasta aquí en cuanto al contrato típico de subarriendo de vivienda (6). Pero antes de entrar a hacer el parangón entre sub-

(4) Todo ello sin perder de vista los artículos 1.551 y 1.552 del Código Civil. «Sin perjuicio de su obligación para con el subarrendador, queda el subarrendatario obligado a favor de arrendador para todos los actos que se refieran al uso y conservación de la casa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y arrendatario» (artículo 1.551). «El subarrendatario queda también obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido con el subarriendo que se halle, debiendo al tiempo del requerimiento, considerando no hechos los pagos adelantados al no haberlos verificado con arreglo a la costumbre» (artículo 1.552).

(5) Artículo 14 L. A. U.

(6) Obviamos aquí, por no parecer de utilidad, la distinción, por otro lado conocida y suficientemente matizada por la jurisprudencia, entre el subarriendo y la cesión de vivienda.

arriendo-hospedaje, debemos descender un peldaño más en los propios textos que regulan y regularon la materia de Arrendamientos Urbanos, hacia zonas de penumbra y transición que irán obscureciendo inicialmente el problema.

2.2. *El pequeño subarriendo.*

Efectivamente, el propio artículo 10 supra reseñado (7), señala inmediatamente una excepción a lo en él preceptuado, pues posibilita al inquilino (arrendatario) para subarrendar parcialmente la vivienda, sin necesidad de consentimiento del arrendador ni prestación de mobiliario, siempre que no exceda de dos el número de subarrendatarios (8). Tenemos así, a la vista, una forma atípica del contrato de subarriendo reconocida por la propia Ley, al que podríamos denominar «pequeño subarriendo». Probablemente con una finalidad social, el texto legal amplía el ámbito de posibilidades del inquilino para proceder unilateralmente a contratar un subarriendo (9).

Esta forma del subarriendo de vivienda, que la vigente Ley de Arrendamiento Urbanos, y anteriormente el Decreto de 1956, no duda en denominar subarriendo, ofreció dificultades de calificación a los redactores de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946. Así, el artículo 27 de aquel texto que recogía esencialmente el mismo supues-

(7) «El subarriendo de vivienda exigirá siempre la autorización expresa y escrita del arrendador y la entrega al subarrendatario del mobiliario adecuado y suficiente para casa-habitación, salvo en el caso previsto en el artículo 18» (artículo 10 L. A. U.).

(8) «...Siempre que no exceda de dos el número de subarrendatarios que con el cónyuge y los hijos sometidos a su potestad vayan a ocupar la vivienda; que no se altere el destino de ésta, y que, en el término de treinta días naturales siguientes a la fecha de celebración del respectivo contrato de subarriendo, lo notifique el inquilino de modo feaciente al arrendador» (artículo 18 L. A. U.).

(9) Es accesorio a nuestra finalidad el preguntarnos si el subarriendo previsto en el artículo 18 dará lugar a un aumento de la renta del arrendamiento que le sirve de fundamento. La respuesta que evidentemente era negativa en la redacción del antiguo artículo 27 de la L. A. U. de 1946 (ver nota 10), no puede ser, a la vista de la nueva redacción, tan definitiva. La existencia del precedente que se cita (Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946), puede ser empleada en favor y en contra.

to (10), no se decidió a reputarlo ni como subarriendo ni como hospedaje, obviando su calificación aún cuando optaba finalmente por una asimilación al Estatuto propio de los subarriendos parciales.

Esta actitud legal dio lugar a que un sector doctrinal denominara a esta figura «convivencia», considerándola diferente del hospedaje mercantil y del contrato civil de hospedaje. No obstante, estos mismos autores reconocían en definitiva que en el fondo de tales relaciones jurídicas subyacía, o un contrato de hospedaje o un subarriendo parcial. Esta última solución es la que, como hemos visto, adoptó el texto del Decreto de 1956, y se ha incorporado a nuestra vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, a despecho de desnaturalizar, o por el contrario ampliar y aclarar la verdadera esencia del contrato de subarriendo, al abolir el requisito de la prestación referente al mobiliario (11).

2.3. *El pequeño hospedaje.*

Ahora bien, los textos reguladores de la materia de Arrendamientos Urbanos, junto a las formas jurídicas que hemos visto hasta aquí, esto es, subarriendo de vivienda y «pequeño subarriendo», «convivencia» o «subarriendo asimilado», mencionan aunque sea incidentalmente y con la finalidad de sustraerla a la regulación mercantil, el hospedaje, al que podríamos denominar «pequeño hospedaje».

Será útil parangonar a estos efectos la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 y la vigente de 1964, en la redacción que ya recibiera por el texto del Decreto de 1956.

En efecto: la Ley de 1964 regula en sus artículos 10 a 19, el subarriendo de vivienda en forma que la ha quedado expuesta, destacando en el último de sus artículos, que en ningún caso podrá el subarriendo dar lugar a su transformación en un local de negocio; declaración sig-

(10) «...No se reputará subarriendo ni hospedaje la convivencia con el inquilino hasta de dos personas extrañas a su familia, y los hijos de cualquiera de ellos. No obstante, si el número total de extraños que con él convivan *con carácter permanente*, excede de dos, el inquilino vendrá obligado al pago del diez por ciento de la renta por cada una de tales personas. Los que habitaren en la vivienda del modo previsto en el párrafo anterior, tendrán con relación al inquilino, y éste en respecto de ellos, *los mismos derechos y obligaciones* que este capítulo establece para los subarriendos parciales» (artículo 27 L. A. U., 1946).

(11) Entre los autores a los que nos referimos, está Bonet Correa: Régimen Jurídico del Hospedaje y Hostelería.

nificativa esta última y de indudable utilidad, pues cierra el camino a que el arrendador pueda cuestionar, no sin fundamento en ciertas en ciertas ocasiones, sobre el extremo referente al régimen jurídico aplicable al caso concreto, al estimar que el régimen idóneo es el que corresponde al subarriendo local de negocio, habida cuenta de las circunstancias de volumen, habitualidad (estabilidad de las relaciones jurídicas derivadas del subarriendo), y ánimo de lucro (beneficios obtenidos por el arrendatario derivados de la diferencia entre renta pagada al arrendador y rentas percibidas de los subarrendatarios).

La referencia que la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos realiza al hospedaje se concreta en:

1.º Sustraer a los preceptos reguladores del subarriendo de vivienda el supuesto de ejercicio de industria doméstica de hospedaje por el arrendatario (12).

2.º Mantener el carácter del contrato de inquilinato, es decir, seguir considerándolo como inquilinato o arrendamiento de vivienda, aún cuando el arrendatario ejerza en la vivienda una *pequeña industria doméstica* (13).

(12) Viene al pensamiento y se impone la idea, de que si en el contrato de subarriendo se ha exigido *ex lege* la prestación de mobiliario, ha sido porque carece jurídicamente de fundamento y repugna, en cierta medida, la idea del arrendamiento de lo arrendado, sin transformación o incorporación alguna, es decir, en las mismas condiciones en que se recibió y por un mayor precio, reteniendo parte de éste el contratante interpuesto. En este sentido puede que fuera más correcto el criterio de asimilación mantenido en el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946. Por otra parte, y en dirección contraria, el artículo 1.550 del Código Civil determina, al tratar en general del arrendamiento de cosas, que cuando en el arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar, *en todo o en parte*, la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador. Como vemos, en este artículo está previsto el subarriendo en forma amplia, sin exigencia de cualquier otro requisito. No obstante, no ha de olvidarse que este artículo que comentamos, hace referencia al supuesto genérico de subarriendo de cosas, no habiéndose propiamente regulado la figura del subarriendo de vivienda hasta que fue objeto de consideración por los diversos textos reguladores de arrendamientos urbanos.

(13) «Los preceptos de esta sección no serán aplicables al inquilino que, al amparo de lo previsto en el número 1 del artículo 4, ejerza en la vivienda la industria doméstica de hospedaje» (artículo 20, L. A. U., 1964). «En contrato de inquilinato no perderá su carácter por la circunstancia de que el inquilino, su cónyuge o pariente, de uno u otro, hasta el tercer grado, que con cualquiera de ellos conviva, ejerza en la vivienda o en sus dependencias una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación» (artículo 4, L. A. U., 1964).

3. Estimar que el ejercicio de industria doméstica de hospedaje se halla incurso en el supuesto anterior, y en consecuencia, no disvirtua, si es pequeña, el carácter del contrato principal de arrendamiento de vivienda.

4.º Señalar que en el supuesto de que los huéspedes sean más de dos, será necesario la autorización expresa y escrita del arrendador (14).

De este último punto parece deducirse *a sensu contrario* y con seguridad, que tal autorización no es necesaria cuando los huéspedes son dos o uno. Ahora bien, surge la duda de si el precepto, al referirse a dos huéspedes, se refiere a los personas físicas o a dos hipotéticos cabeza de familia, es decir, huésped más cónyuge e hijos sometidos a su patria potestad. Es decir, si por huésped hemos de entender, como se entiende en hostelería, una persona alojada, o hemos de entender como entiende el artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al referirse a subarrendatario, una familia.

Se pueden hallar argumentos en una y otra dirección. La interpretación sistemática del propio texto de la Ley de Arrendamientos Urbanos se inclina a la segunda solución, pues si para el supuesto del subarriendo de hasta dos subarrendatarios (y los miembros de su familia), no es exigible la autorización del arrendador, es decir, se estima que el número de personas extrañas es aún reducido, la misma *ratio legis* parece que deberá haber sido tenida en cuenta al referirse a dos huéspedes.

En igual sentido parece haberlo entendido el texto turístico (15), si bien no deja de ser sorprendente que dicho texto legal, al referirse a la tenencia de huéspedes (contrato de alojamiento, contrato de hostelería), haga una remisión al artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que no se refiere al contrato de alojamiento, sino como ya hemos visto, al contrato de subarriendo.

En la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, la referencia al contrato de hospedaje tenía un matiz diferente. De un lado se tenía en cuenta el dato de la manutención como determinante de la existencia de un contrato de hospedaje, si aquella acompañaba al alojamiento (artículo 26); y se estimaba que en tal supuesto no existía subarriendo,

(14) «Cuando los huéspedes sean más de dos, será necesaria la autorización expresa y escrita del arrendador» (artículo 21.2, L. A. U., 1964).

(15) Decreto de 14 de enero de 1965.

y por tanto, tales contratos habrían de ser normados por las disposiciones reguladoras de dicha materia. No obstante el pequeño hospedaje —hasta dos personas extrañas a la familia y sus hijos— era objeto de un trato discriminado, pues se substraía a aquella legislación especial para asimilarlo al subarriendo parcial (16), siempre que aquellas personas convivieran con el inquilino con *carácter permanente*.

Debemos destacar que el texto de la Ley de Arrendamientos Urbanos, acertada o erróneamente, fue valiente al tomar posición ante dos problemas:

1.º Al señalar la nota de la *manutención* como definidora del hospedaje; 2.º al señalar la nota de la *permanencia* (estabilidad), como propia de la relación del subarrendatario-subarrendador.

En definitiva, y volviendo al texto vigente de 1964, el régimen que en el mismo se adopta respecto a hospedaje y subarrendamiento, es el que distingue los siguientes supuestos:

—Subarriendo típico de vivienda: con muebles y consentimiento del arrendador.

—Subarriendo excepcional de vivienda: sin necesidad de muebles ni consentimiento en el supuesto de que los subarrendatarios no excedan de dos.

—Hospedaje (pequeña industria) que no desnaturaliza el contrato de arrendamiento de vivienda:

—Hasta dos huéspedes: sin necesidad de consentimiento del arrendador.

—Más de dos huéspedes: con consentimiento del arrendador.

—Hospedaje (industria que exceda de «pequeña industria doméstica», artículo 4): el contrario pierde la naturaleza de arrendamiento de vivienda para transformarse en arrendamiento de local de negocio.

Señalamos finalmente al paso, como dato, que aunque ajeno a lo que estamos desarrollando, nos parece interesante, la notable deficiencia técnica del artículo 114 causa 3.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos

(16) «...Los mismos derechos y obligaciones que este capítulo establece para los subarriendos parciales» (artículo 17, L. A. U., 1946).

vigente, al señalar como causa de resolución, el supuesto de que el subarrendador perciba renta superior a la autorizada por la Ley según el juego de los artículos 12 y 18, incluyendo en este supuesto el del artículo 21, que menciona la industria de hospedaje, respecto de la cual no se señala en parte alguna limitación de rentas. ¿Debe entenderse entonces que la limitación de renta para el subarriendo debe aplicarse para los huéspedes de la pequeña industria de hospedaje? La solución parece ha de ser negativa, pues de un lado la Ley no dice nada, y de otro, el artículo 21 señala expresamente que los preceptos relativos al subarriendo no son de aplicación al supuesto de la pequeña industria de hospedaje.

2.4. Examen de las notas o criterios que se han propuesto como reveladores de un contrato de hospedaje.

Debemos destacar en primer lugar, la necesidad de separar el contrato de hospedaje, esto es, el contrato efectuado entre dos partes, —quien hospeda y quien es hospedado—, de cualquier otra relación contractual preexistente entre quien hospeda, y un tercero, aún cuando esta última pueda servir de elemento fáctico que posibilite la consecución de contratos de hospedaje.

Efectivamente; inicialmente quien facilita hospedaje a un tercero es parte en un contrato de esta naturaleza; ahora bien, como una de las prestaciones obligadas del hospedaje es por propia definición el alojamiento, quien contrata hospedaje facilita un alojamiento. El título en virtud del cual quien facilita el alojamiento puede disponer de éste, es indiferente frente al contrato de hospedaje propiamente dicho. El dador del hospedaje puede ser propietario de la casa-habitación —supuesto típico de la industria hotelera—; puede ser arrendatario de la casa-habitación, —arrendamiento de local de negocio—; supuesto también típico de industria hotelera, normalmente de menor entidad económica. Puede incluso, como hemos visto más arriba, ser arrendatario de una vivienda—, supuesto de pequeño hospedaje, convivencia o en su caso, subarriendo.

Hecha esta salvedad a examinar las diversas notas que se han propuesto para perfilar un concepto del contrato de hospedaje.

2.4.1. *El criterio de la estabilidad.*

Se ha venido considerando, no sin fundamento a nuestro juicio, que en los contratos de arrendamiento y subarriendo de vivienda, existe un elemento de consentimiento que más o menos tácitamente tiende a la estabilidad de la relación contractual; por el contrario, en el hospedaje, habida cuenta de la función económica y social a la que sirve, la relación contractual tiende a ser eventual.

Ciertamente, y en términos generales, las realidades de la vida social a las que ambas formas contractuales sirven, son diferentes: en el arrendamiento, en el subarriendo de vivienda, el arrendatario o el subarrendatario contratan para crear un domicilio, en el que de hecho, permanecerán más o menos tiempo. En el hospedaje, por el contrario, se alojan en casa ajena.

No obstante, la realidad jurídica es más compleja. Debemos destacar, en primer lugar, que en buena técnica jurídica no se puede afirmar que el criterio del ánimo de estabilidad se halla incorporado a nuestro derecho en materia de arrendamiento de vivienda, y por tanto de subarriendo. Lo definitivo aquí, es el término pactado. Así es nuestro Código Civil, en la sección 4.ª título 6.º del libro 4, en las disposiciones especiales para el arrendamiento de predios urbanos, y en su artículo 1.581, se establece para el supuesto de no haberse fijado el plazo del arrendamiento, que este se entenderá hecho por años, cuando se ha fijado un alquiler anual; por meses, cuando es mensual; por días, cuando es diario, lo que impide la incertidumbre en cuanto al término y su limitación, posibilitando en todo supuesto, la determinación del momento en que cesan los efectos del contrato. Por ello, el párrafo último del artículo citado, puede establecer que «en todo caso, cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término.

En contraposición a esta determinabilidad, se ha destacado en el hospedaje, al menos en el que Bonet calificara de hospedaje civil, la nota de limitación del tiempo, como nota diferenciadora entre el hospedaje y subarriendo de vivienda. Así, este autor señala, como una nota que distingue el subarriendo del contrato civil de hospedaje, la siguiente: en el subarriendo de vivienda, el arrendatario dispone de parte de lo recibido en favor del tercero, vinculándose por *cierto tiempo*; en

cambio en el hospedaje —dice— no se constituye compromiso en cuanto al tiempo.

Por otro lado, el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, al referirse de hecho al subarriendo parcial, aun cuando eluda calificarlo como hospedaje o como subarriendo parcial de vivienda bajo la forma de lo que aquel texto denominó «convivencia», alude al *carácter permanente* de esta convivencia.

Este mismo sentido es el que se ha incorporado a los nuevos textos turísticos cuando, por ejemplo, en el número 2 del artículo 2.º del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas, se establece, que la simple tenencia de huéspedes del modo autorizado por el artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siempre que sean *estables*, no será reputada como actividad hotelera; de donde se deduce que la simple tenencia de huéspedes del modo autorizado por el artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos será reputada como actividad hotelera, si tales huéspedes no son estables.

Se da, sin embargo, la circunstancia de que en nuestro derecho positivo especial, la estabilidad no es incompatible con el alojamiento turístico, pues el huésped puede inicialmente prolongar su estancia convirtiendo su alojamiento incluso en domicilio permanente.

Así los textos modernos tienen previstas las denominadas estancias prolongadas, que reciben incluso un trato de favor (17).

Conviene consecuentemente, concretar y esclarecer, con carácter previo, dos extremos: la cuestión del término contractual, y la referente al mecanismo de reconducción del contrato.

2.4.2. *La cuestión del término contractual.*

Si al iniciarse la relación contractual de hospedaje, no se ha determinado —como sucede frecuentemente—, su término, el tiempo de duración del contrato, puede suceder y sucederá de hecho, que exista una incertidumbre en cuanto al importante extremo de la permanencia y estabilidad del contrato.

Ciertamente las partes podrán haber convenido el término contrac-

(17) Artículo 5, Orden ministerial de 28 de marzo de 1966.

tual —una, dos, diez— jornadas; en este caso, el tiempo es conocido y cierto, y el criterio de la determinabilidad no será de utilidad para distinguir —como más arriba hemos visto que se ha pretendido— el contrato de hospedaje del de subarriendo de vivienda.

Ciertamente, en los supuestos en que no se halla estipulado el tiempo, se produciría una incertidumbre que podría ser significativa a los efectos delimitadores señalados. En este sentido, podría mantenerse que la indeterminación del tiempo no es criterio esencial en cuanto que no es susceptible de generalización en todos los supuestos, si bien puede ser criterio suficiente en alguno de ellos, es decir, cuando hay incertidumbre en el término.

No obstante, aun en este ámbito más limitado, el alcance de este criterio delimitador pierde gran parte de su utilidad a la vista de la generalización de los mecanismos de reconducción tácita y automática (prórroga obligatoria), en los contratos de contenido arrendaticio, mecanismos que como es sabido, responden a una publicación de estos contratos del derecho privado, y que de hecho han venido a introducir un elemento de incertidumbre en cuanto al término contractual, que tiende a estabilizarse a instancia del arrendatario o subarrendatario, en forma muy semejante a la prevista en la moderna legislación turística para la reconducción del contrato de hospedaje.

2.4.3. *El mecanismo de reconducción del contrato de hospedaje.*

Por otro lado, el mecanismo de reconducción del contrato de hospedaje en la moderna legislación especial es el siguiente:

— De un lado, en el artículo 18 del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas, texto legal que, como ya hemos señalado anteriormente, constituye una especie de normativa general formadora de las diversas reglamentaciones de las industrias turísticas privadas, se establece (18), en términos generales, que la reconduc-

(18) «Cuando la prestación del servicio suponga la ocupación de plazas o habitaciones por parte de los usuarios, estos podrán permanecer en su disfrute durante el tiempo convenido. No obstante, la dirección del establecimiento podrá dar por terminada su estancia por incumplimiento de las normas generales de urbanidad, higiene o convivencia, sin perjuicio de la posible reclamación del interesado y subsiguiente responsabilidad de la dirección en caso de probado abuso (artículo 18.1, Decreto de 14 de enero de 1965).

ción de los contratos queda condicionada al mutuo acuerdo de las partes, y en caso de discrepancia, a la decisión del Delegado Provincial del Ministerio de Información y Turismo correspondiente (18).

— Por otro lado, y dentro ya de la normativa especial en materia de hostelería, en el texto refundido en materia de precios, después de fijarse como unidad tipo de término contractual, el día o jornada en función de la pernoctación, se establece un sistema de reconducción tácita a voluntad del cliente, con las dos excepciones siguientes: 1) que el huésped hubiera anunciado su marcha; 2) que se halla cumplido el plazo de estancia convenido. Y en ambos casos para que el hotelero pueda no aceptar la continuación del hospedaje, será necesario que tenga comprometida la habitación con otro cliente.

Pudiera pensarse inicialmente que este último artículo citado, perteneciente a la reglamentación general de precios de la industria hotelera, pudiera entrar en colisión con la norma establecida en el Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas que hemos citado, pues en él está previsto con carácter general la reconducción tácita del contrato por voluntad del huésped —salvo pacto expreso en cuanto al término contractual—, mientras que en el Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas, se condiciona la reconducción al mutuo acuerdo de las partes.

Debemos tomar en consideración a estos efectos la circunstancia de que las partes hayan convenido o no inicialmente el tiempo de duración del contrato. En un principio consideramos únicamente la cuestión teórica; es decir, hacemos caso omiso de la cuestión práctica de la prueba y a quien incumbe su carga. Así, en el artículo 18 del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas se establece en definitiva, únicamente, que las discordancias que puedan surgir entre partes en relación con la cuestión de la duración del contrato, se resolverán por la Delegación Provincial del Ministerio de Información y Turismo, si el tiempo o término contractual, o no había sido convenido, o aún habiéndolo sido, una de las partes pretendiera la recon-

(19) «La continuación en el disfrute de los servicios por mayor tiempo del convenido estará siempre condicionada al mutuo acuerdo entre la dirección y el cliente, o en su defecto, a lo que decida, en el plazo de veinticuatro horas, la Delegación Provincial de Información y Turismo correspondiente (artículo 18.2, Decreto de 14 de enero de 1965).

ducción del contrato (huésped), y otra parte su resolución (empresa hotelera). En definitiva, la Delegación Provincial del Ministerio de Información y Turismo tendría que resolver, con base a este artículo, todas las cuestiones que surjan entre partes con fundamento en la continuación del contrato, se haya o no convenido el tiempo contractual, si bien esta última circunstancia habrá de ser valorada primariamente en el momento de adoptar la pertinente resolución; ahora bien, en materia de hostelería, precisamente, en el momento de adoptar la resolución pertinente en la que se decida la cuestión litigiosa relativa a la reconducción o resolución del contrato de hospedaje, la Delegación Provincial habrá de tener a la vista el camino trazado en la Orden Ministerial de 28 de marzo del 66, atemperando su resolución al contenido del artículo 10 de este último texto legal, y al sistema de reconducción tácita en él previsto. Y a estos efectos habrá de tomar en consideración las siguientes circunstancias:

— Si se pactó inicialmente el término contractual.

— Si no obstante haberse pactado se ha producido posteriormente la reconducción tácita y fáctica del contrato en jornada posterior a la que inicialmente estaba prevista como términos del contrato.

— Si no habiéndose pactado inicialmente el término, el huésped anunció su marcha.

— Si aún habiendo anunciado su marcha, se ha producido posteriormente la reconducción tácita del contrato en jornadas posteriores.

— Si el hotelero tenía o no comprometida la habitación con otro cliente.

Salta a la vista que el número de variables a tomar en consideración son suficientemente numerosas, así como los matices implícitos en las mismas, como para que el contenido de la resolución sea dictado con un criterio de oportunidad y acomodado a la realidad de cada caso.

No obstante, las normas generales de actuación habrán de responder a las siguientes directrices:

1.º Convenido o no convenido inicialmente el término del contrato de hospedaje, el huésped podrá optar por la reconducción tácita del contrato —es decir no abandonando la habitación que ocupe antes de las doce horas de cada día, o manteniendo en la misma sus objetos y

enseres personales—, a la que no podrá oponerse el hotelero, excepto si el término inicial se hubiera convenido y rebasado, y la habitación se hallara comprometida; circunstancia esta última que debería acreditar en su caso.

Y aún en este último supuesto se plantea la cuestión de si el hotelero no estará obligado a aceptarlo de solicitarlo así el huésped, a una novación del contrato, en el supuesto de poder alojarse en otras habitaciones de la misma industria. La solución debe ser respuesta afirmativamente, no tanto ya con base a la preexistencia del primitivo contrato, sino con fundamento en la normativa general que rige la contratación hotelera; las industrias hoteleras como las restantes industrias turísticas privadas, mientras están abiertas y en funcionamiento (20), son establecimientos públicos de libre acceso, de forma tal que el huésped del establecimiento o un tercero que no lo sea tienen derecho a concertar el contrato de alojamiento correspondiente, de haber habitaciones libres; debiendo tenerse en cuenta a estos efectos que el artículo 17 del mismo texto que comentamos, exige que las empresas o establecimientos turísticos privados tengan siempre a disposición de sus clientes un determinado porcentaje de plazas libres (21).

2.º El espíritu que anima al mecanismo incorporado al artículo 10 de la Orden ministerial de 28 de marzo del 66, es el que tiende a la estabilidad del huésped en el goce del alojamiento y servicios complementarios, de ser esta su voluntad.

Ciertamente una resolución de la Delegación Provincial del Ministerio de Información y Turismo que al dar por resuelto un contrato de alojamiento obliga al huésped a desalojar, tiene el alcance de un verdadero desahucio en el sentido genuino de este término; no deja de ser interesante y lo comentamos aquí incidentalmente, que el Estatuto

(20) «Los establecimientos de las empresas turísticas a que se refiere el presente Estatuto, tendrán la consideración de públicos, siendo libre el acceso a los mismos, sin otra restricción que la de someterse la clientela a las prescripciones de esta disposición y reglamentaciones específicas de cada actividad. Sin embargo, por razones de edad, moralidad, higiene, enfermedad o convivencia, podrán autorizarse las oportunas limitaciones» (artículo 16, Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas).

(21) «Las empresas o sus establecimientos no podrán reservar anticipadamente la totalidad de sus plazas, debiendo tener siempre a la libre, inmediata y directa disposición de sus clientes un determinado porcentaje de las mismas, que será fijado reglamentariamente» (artículo 17, Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas).

Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas haya facultado a la autoridad administrativa, incluso a nivel provincial, para proceder a la interpretación e incluso a la resolución, con las consecuencias que de ello puedan derivarse, de un contrato como el de alojamiento, contrato de derecho privado.

Ello supone sin duda una significativa intromisión en la esfera de la competencia judicial, que no puede menos de colisionar con aquellas normas de alto rango (22), en las que se establecen los principios de competencia y esferas de actuación de estos últimos órganos.

Todo lo expuesto en relación con el criterio de la estabilidad, nos permite llegar a la conclusión de que el criterio de la duración del término contractual, en el sentido de tendencia de la relación arrendaticia a permanecer, a durar; en tanto que la relación jurídica que cubre el contrato de hostelería tiende a ser efímera, no es un criterio preciso ni de utilidad jurídica, desde el momento que la relación arrendaticia puede, como hemos visto, ser tan breves como un día, y la hotelera tan duradera como inicialmente lo deseen ambas partes, o en la práctica el huésped (mecanismo de reconducción expuesto).

A su vez la pretendida nota diferenciadora de la determinabilidad o en su caso indeterminabilidad del término contractual, no parece actualmente de gran valor, habida cuenta del mecanismo de reconducción tácita del contrato de hostelería que se ha incorporado y funciona en este contrato a raíz de los textos administrativos modernos, así como la generalización del sistema de prórroga forzosa y reconducción de los contratos de contenido arrendaticio.

Estimamos pues, en conclusión, que el criterio de la estabilidad contractual, así como el de determinabilidad o indeterminabilidad del término contractual, no son definitivos en un concepto del contrato de hostelería, si bien pueden ser de utilidad como elemento de interpretación ante el caso dado, en cuanto que estadísticamente la gran masa de los contratos de hospedaje tienden a ser de duración breve, mientras que la relación arrendaticia tiende a estabilizarse.

(22) Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.4.4. *El criterio de empresa.*

La cuestión aquí está en determinar si en el contrato de hospedaje una de las partes ha de ser necesariamente empresa y obrar como tal. Así planteada la cuestión, el problema se desplaza hacia el concepto de empresa. Si estimamos que el empresario industrial que contrata hospedaje es aquel que habitual y masivamente realiza este tipo de operaciones propias de su industria de servicios, llegaremos necesariamente a la conclusión de que el contrato de hospedaje sólo puede ser concertado entre partes, de las cuales una ha de ser el comerciante o industrial, cuya oferta consiste en facilitar una modalidad de la industria de servicios: hospedaje y servicios anejos.

Si por el contrario estimamos que quien sin habitualidad, o quien con habitualidad pero sin absoluta profesionalidad (plena dedicación) contrata la prestación de tales servicios mediante precio, está realizando un contrato de hospedaje; o de otra forma, si estimamos que para pronunciarnos jurídicamente sobre la existencia o calificación de un contrato de hospedaje, podemos hacer caso omiso de la calidad o situación profesional o mercantil de las partes contratantes, entonces es que el criterio de empresa no es definitorio en el contrato de hospedaje, aun cuando pueda serlo en alguna de sus modalidades, por ejemplo en el alojamiento u hospedaje turístico, que es contrato concertado entre una empresa de hostelería y un tercero. Y en este sentido es acertada la definición del artículo 2.º del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas privadas cuando estima que empresa de hostelería es aquella que proporcione sus servicios de un modo habitual o profesional.

Ciertamente, siendo concertados los contratos de hospedaje en su gran mayoría, por empresas o industrias profesionales, la nota, el carácter de empresa mercantil de una de las partes contratantes —el dador de servicios— estará presente en la gran masa de estos contratos.

Ahora bien, observemos que en el hospedaje, la vivienda (la locación), sirve de base al industrial para crear una industria cuyo producto acabado consiste en facilitar a sus clientes una mercancía: la posibilidad de ser inmediatamente alojados y atendidos mediante precio. Por definición, el dador de estos servicios contrata con ánimo de obtener un beneficio: diferencia entre precio y costo de los servicios faci-

litados, o que puede facilitar. Observemos también que esta actitud está en la base de todo contrato de hospedaje, abstracción hecha de la cualidad más o menos profesional del dador de servicios. Nos referimos a los supuestos, que como hemos visto más arriba, se denominaron en su día «convivencia», «casa tolerada», «pequeño hospedaje» de la Ley de Arrendamientos Urbanos, o «simple tenencia de huéspedes» a que hace mención el número 2 del artículo 2.º del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas privadas.

Que la simple tenencia de huéspedes, del modo autorizado por el artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, siempre que sean estables, no sea reputada como actividad hostelera (23) no significa que los contratos concluidos por el tenedor de estos huéspedes con los mismos, no sean contratos de hospedaje. Serán ciertamente contratos de hospedaje si del contenido de los servicios que se presten mediante precio se llega a esta conclusión. Por otra parte, y desde el punto de vista económico, la tenencia de huéspedes estables mediante precio supone una habitualidad por parte del dador de servicios y una realización de actos en masa en la misma dirección, que le conduce incuestionablemente al terreno empresarial; todo ello independientemente de que la legislación especial —arrendaticia, turística o fiscal— puedan sustraer por razones prácticas de volumen, entidad, o alcance y significación social, a estas actividades del régimen que le sería normal por razón de la naturaleza de las mismas, dándoles un trato de favor, es decir, ignorándolas como empresas mercantiles y, en consecuencia, exonerándoles de la mayor parte del control administrativo, así como de gravámenes fiscales.

2.4.5 *El criterio de las prestaciones.*

Tradicionalmente se ha venido manteniendo por la doctrina (24) que en el hospedaje coexiste el alojamiento con la prestación de manutención y otros servicios, entendiéndose que manutención equivale tanto a la provisión de alimentos como a la prestación de aquellos otros servicios necesarios para sostenerse en una determinada posición.

(23) Artículo 2 número 2 del Decreto de 14 de enero de 1965.

(24) Así, Bonet, al tratar el tema de las que él denominara «casas toleradas».

En igual sentido, Belló (25) opinaba que la manutención ha de darse siempre en el alojamiento, llegando incluso a la conclusión (en este sentido se expresaban también Reyes y Gallardo, M. Gámiz), de que la cesión de dependencia para alojarse, *aun cuando vaya acompañada de otros servicios*, si no concurre con el servicio de manutención, podrá tenerse por subarriendo parcial de vivienda, pero no por hospedaje.

Bien es cierto que Bonet consideró que la nota de la prestación de manutención era características únicamente en el contrato de hospedaje civil, y no en el mercantil (más adelante nos referiremos a la distinción entre alojamiento civil mercantil), solución a la que se vio obligado a llegar a enfrentarse con el hecho cierto de que la legislación especial, es decir, la reguladora de la industria hotelera, no señalaba como obligatoria la prestación de manutención.

Efectivamente, en la actualidad y en los textos legales más modernos en materia de hostelería (26), no solamente no se alude a la manutención como dato obligado, sino que incluso se posibilita la inexistencia de otros servicios complementarios de cualquier índole, al aceptarse la fórmula «con o *sin* otros servicios de carácter complementario».

Esta misma tendencia parece incorporarse a nuestra vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, al no haberse mantenido en la misma el criterio de la manutención incorporado a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 en su artículo 26, para distinguir el hospedaje del subarriendo.

Que el criterio de la manutención ha quedado, pues, invalidado como elemento definitorio del contrato de hospedaje lo acredita la existencia jurídica y fáctica de gran número de establecimientos hoteleros que no facilitan este servicio.

Pudiera por un momento pensarse, que si este criterio no es hoy determinante en el campo del hospedaje industrial profesionalizado, pudiera aún ser de utilidad en el campo más humilde y también más oscuro, del pequeño hospedaje en relación con el subarriendo de vivienda. No obstante creemos y mantenemos que si un criterio no es válido y suficiente para la zona de mayor importancia del hospedaje, tam-

(25) Régimen legal de los Arrendamientos Urbanos. Barcelona, 1949.

(26) Ya vimos más arriba la definición del artículo 2 del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas, respecto a lo que ha de entenderse por empresa de hostelería.

poco podrá ser definitivo en el campo más reducido del pequeño hospedaje; todo ello, haciendo caso omiso de la distinción entre hospedaje civil y mercantil.

Ciertamente la existencia de la prestación de *manutención* podrá ponernos tras la pista de la existencia de un contrato de hospedaje. No obstante podrá existir un hospedaje sin que la *manutención* figure entre las prestaciones de servicios objeto del contrato.

Lo expuesto parece permitirnos llegar a la conclusión siguiente: el criterio de la *manutención* (*manutención* más alojamiento) es indicativo de la existencia de un contrato de hospedaje —si admitimos que siempre que coexisten alojamiento y *manutención* hay hospedaje—, pero insuficiente, pues puede haber hospedaje sin *manutención*.

2.4.6. *El criterio de los servicios.*

El problema ya se ha apuntado más arriba, al plantearse la cuestión de distinguir, de decantar, las relaciones jurídicas de contenido arrendaticio, de las propias del contrato de alojamiento. En ambas relaciones, una de las prestaciones ha de consistir en facilitar alojamiento, siendo precisamente éste el elemento, como hemos visto, que tiende a confundirlas.

Ahora bien, conviene saber si el alojamiento viene también acompañado en ambos tipos de relaciones, de servicios complementarios, o si estos servicios aparecen acompañando obligatoriamente en cierto género de relaciones, por ejemplo las propias del hospedaje, siendo contingentes o eventuales en las relaciones arrendaticias; o al contrario.

Se puede pensar inicialmente, y así lo hizo Bonet al tratar de distinguir el hospedaje (civil) del subarriendo y cesión de arrendamiento, que en el hospedaje coexiste una relación de inquilinato, con la obligación de prestar servicios, siendo las notas delimitadoras a su juicio, las de *ilimitación del tiempo* —que hemos examinado más arriba— y la de *prestación de servicios*.

Por el contrario, para quienes estiman el servicio de *manutención* como elemento esencial del contrato de hospedaje (27), los restantes servicios en que pueden consistir la prestación del dador de servicios

(27) Bello: Régimen de los Arrendamientos Urbanos. Barcelona, 1949.

en que pueden consistir la prestación del dador de servicios, carecen de relevancia. Así, estiman estos autores que la cesión de dependencia para alojarse, *aun cuando* vaya acompañado de otros servicios, si no concurre con el de manutención, habrá de tenerse por subarriendo parcial (28). En este criterio redundan también quienes destacan que la pretendida presencia de servicios complementarios en el hospedaje, y ausencia de estos servicios en las relaciones de contenido arrendaticio, es criterio bastante artificial.

El propio Bonet, aun cuando señala expresamente que en el hospedaje lo recibido no es únicamente aquello que el arrendatario obtuvo de la propiedad, sino otros muchos servicios como la manutención, de forma tal que cuando se presta *algún servicio* hay hospedaje y no subarriendo, acaba concluyendo en el sentido de que el subarriendo se limita a la cesión por el arrendatario de casa-habitación, con o sin muebles, sin facilitarle ningún servicio personal.

Ciertamente, y por encima de la definición del artículo 2.º del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas que, como ya hemos visto, admite que las empresas de hostelería proporcionen habitación sin otro servicio de carácter complementario, creemos que tanto en el contrato de hospedaje como en el de subarriendo, el alojamiento va acompañado por necesidad de otros servicios. En el subarriendo, efectivamente, siempre se presta algún otro servicio, aunque sea el de facilitar energía eléctrica, agua, etc.; prestaciones de servicios que no hacen por ello surgir el hospedaje. Igualmente en el hospedaje se proporciona alojamiento y otros servicios: suministros de energía, agua o gas, etc., y otros servicios mínimos, como limpieza general del alojamiento, servicios sanitarios, ropas, etc., y aun cuando el artículo 2.º del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas acepte, como ya hemos visto, la posibilidad de que las empresas de hostelería proporcionen estrictamente habitación, sin otros servicios de carácter complementario, no es menos cierto que en la Orden ministerial de 28 de marzo de 1966, texto refundido en materia de precios de la industria hotelera, se señala con un criterio mucho más realista, y por tanto, más técnicamente justo, «que el hospedaje comprende el uso y

(28) En este criterio redundan Reyes y Gallardo, y M. Gámiz.

goce pacífico de la habitación y *servicios complementarios anejos* a la mismo, o comunes a todo el establecimiento...»

Es incuestionable, pues, la existencia de unos servicios complementarios anejos al uso de la habitación, en el contrato de hospedaje, y parece claro también que en el subarriendo el uso y goce de habitación va acompañado de ciertos servicios complementarios anejos, como ya hemos señalado.

Interesa, pues, volver sobre la naturaleza de estos servicios en unos y otros contratos, con el fin de encontrar un criterio de distinción si existe.

Entendemos que la nota que eventualmente señalara Bonet al apuntar la distinción entre servicios personales y no personales, aun cuando pudiera adolecer de ser algo descriptiva, puede resultar de alguna utilidad.

En la prestación de los servicios que pudiéramos denominar «personales», parece que ha de darse una intermediación entre el servicio y la persona que lo presta, y que esta persona ha de ser o estar próximamente relacionada con el dador de servicios, parte contratante en el contrato de hospedaje.

Efectivamente, el dador de los servicios puede prestar éstos directa y personalmente, es decir, materialmente a partir de su personal capacidad de trabajo, o a través de personas interpuestas, a él ligadas por vínculos laborales; siendo esto último lo normal cuando el dador de los servicios se constituye en empresa industrial, y lo primero más frecuente cuando el hospedaje se facilita en régimen cuasi-familiar y altamente desprofesionalizado.

Así, pues, creemos que se puede entender que una prestación de servicios no pierde su carácter de «servicio personal» cuando el servicio es materialmente realizado por quienes trabajan por cuenta del dador de servicios, parte contratante en el contrato de hospedaje.

La empresa es así, responsable de la actividad laboral de su personal; a ella se le imputa directa y primariamente los resultados beneficiosos o lesivos que dimanen de la conducta de aquél, incluso de la culposa o negligente, frente a terceros. Por eso, al ser el empresario jurídicamente centro cristalizador y absorbente de todo este conjunto de relaciones jurídicas, no hay inconveniente en estimar que los servicios que prestan quienes trabajan en ella pueden ser considerados como

servicios personales desde el momento que sus consecuencias les son referidas.

Frente a estos servicios personales la parte contratante receptora de la prestación que consiste en alojamiento y servicios en el contrato de hospedaje, recibe el efecto otros servicios que, desde el punto de vista del dador de los mismos, pudiéramos estimar que no son «personales», al encontrarse fuera de la gestión empresarial. Estos servicios pudieran ser probablemente los más importantes; entre ellos se encuentran los de suministro de electricidad, agua, etc.

Sin embargo, para la empresa estos elementos son datos que vienen dados; su actividad de gestión no puede ir más lejos de su contratación inicial.

Desde el punto de vista de la imputabilidad empresarial, estas prestaciones funcionan de modo distinto a aquellos otros servicios que calificamos de «personales». Las dificultades que puedan surgir respecto de estas prestaciones no son directamente imputables a la empresa, pues funcionan respecto de ésta como fuerza mayor o circunstancia incontrolable. Todo ello independientemente de que pueda verse afectado el contenido del contrato de hospedaje al ser la contraprestación una función de la prestación de la otra parte contratante.

A la vista de este criterio de distinción entre servicios personales y no personales, la cuestión está en comprobar si efectivamente en el contrato de hospedaje, el alojamiento coexiste con servicios personales; y si en el resto de las modalidades contractuales en las que también se facilita hospedaje, no aparecen servicios de esta índole.

Afirmamos que esta hipótesis es válida al ser contrastada con la realidad, siempre sobre la base de que aceptemos la distinción entre servicios personales y no personales con el criterio que ha quedado expuesto.

La hipótesis es, pues la siguiente:

1.º En todo contrato de hospedaje el alojamiento coexiste con la prestación de otros servicios; y de entre ellos, algunos son de naturaleza «personal», es decir, son prestados por o por cuenta del empresario.

2.º En aquellos otros contratos que no son de hospedaje, en los que la prestación de alojamiento va acompañada también de otros servicios, estos últimos no merecen la calificación de «personales».

Se trata ahora de contrastar la hipótesis en la práctica. Tomemos diversos casos en los cuales la prestación de alojamiento va acompañada de otros servicios «personales», y veremos cómo la calificación jurídica de la relación contractual que liga a las partes es la de contrato de hospedaje, al recubrir esta forma contractual un entramado de relaciones socio - económicas, que responden a la idea, al concepto, de hospedaje.

Si el dador de servicios facilita a la otra parte alojamiento y manutención, siendo este servicio un servicio personal (es decir, si decidimos calificarlo como tal a la vista del criterio expuesto), la relación contractual deberá ser calificada como hospedaje, haciendo caso omiso de otras circunstancias o elementos que puedan concurrir: término contractual, ánimo de estabilidad, profesionalidad o carácter netamente empresarial del dador de servicios. Si el dador de alojamiento y servicios facilita a la otra parte alojamiento y otros servicios, entre los que no se encuentran la manutención, deberemos examinar la naturaleza de estos últimos con miras a calificarlos como «personales» o «no personales». Si hallamos servicios como los de limpieza del alojamiento, cambio periódico de ropas, servicio de lavandería, servicio de información, custodia, etc., que merecen el calificativo de «personales», habremos de concluir que la relación contractual debe ser calificada como hospedaje, hecho caso omiso de otras circunstancias.

Ya se comprende, finalmente, que la hipótesis conduce al resultado contrario, es decir, a obviar la calificación de hospedaje de aquella relación contractual, en la que el alojamiento va acompañado de otros servicios a los que no podemos calificar como «servicios personales». Así, si examinados los servicios no podemos calificarlos de «personales» por escapar al ámbito de gestión y esfera del dador de los servicios, concluiremos que la relación contractual entre partes no puede calificarse como hospedaje, haciendo caso omiso del resto de circunstancias concurrentes: término, estabilidad, profesionalidad.

Pretendemos con lo expuesto fijar un criterio de decantación y al mismo tiempo definitorio que despeje en última instancia la duda que pueda plantearse en el caso límite.

Ciertamente, en la práctica, habida cuenta del volumen de la industria profesional de hospedaje, la mayoría de los contratos de hospedaje no plantearán problemas de calificación: si aplicado al caso

concreto el criterio de los servicios llegamos a la consecuencia previsible (es decir), que nos hallamos, por ejemplo, ante una relación típica de hospedaje), en la mayoría de los casos sucederá que en este contrato de hospedaje en el que se facilita alojamiento y servicios personales, concurren las circunstancias de término contractual, estabilidad y profesionalidad típicas; esto es: término breve e inestabilidad contractual en cuanto el contrato tiende a la resolución a corto plazo; profesionalidad y habitualidad del dador de servicios.

Si por el contrario, aplicado el criterio señalado nos hallamos ante una relación contractual ajena al hospedaje de contenido arrendaticio, la nota relativa a la calificación de los servicios, irá en el caso típico acompañada de las relativas a estabilidad contractual, en el sentido de que la relación contractual tiende a ser duradera y a prolongarse en el tiempo, ya sea pactándose un término amplio, ya sea a través del mecanismo de la reconducción o de ambas circunstancias; y carácter no profesional, no empresarial del dador de servicios, quien normalmente se limita a actuar dentro del marco de la propiedad, propia o ajena —arrendando la propia o subarrendando la ajena—, sin crear mediante su industria o gestión un nuevo producto acabado que se ofrece al mercado de servicios.

Sin embargo, como ya hemos apuntado hay toda una zona de penumbra, en la que pueden fallar, y de hecho fallan, las circunstancias que hemos venido estimando típicas de unas y otras relaciones contractuales. Y es en estos supuestos, en los que estimamos de utilidad la aplicación del criterio de la calificación de los servicios, que como complementarios acompañan al alojamiento (29).

Esto supone aceptar este elemento como esencial de las relaciones contractuales de hospedaje, estimando las notas de inestabilidad contractual y profesionalidad del dador de servicios, como elementos no esenciales, a los que podríamos calificar de naturales si queremos dar cabida aquí a aquella terminología tradicional del derecho privado, en el sentido de estimar que estas últimas notas suelen manifestarse habi-

(29) En muchas ocasiones estos servicios complementarios pueden revestir gran importancia y ser determinantes en el momento de contratar, de forma tal que pierden la calificación de complementarios para convertirse sencillamente en prestaciones contractuales. Por otra parte, el nivel de confort, y en definitiva el criterio para la clasificación de establecimientos de hostelería, se realiza sobre la base de estos servicios a nivel de calidad.

tualmente en la mayoría de los contratos de hospedaje, si bien su ausencia no debe prejuzgar la calificación jurídica de una relación contractual en un sentido determinado.

3. *Hospedaje civil y hospedaje mercantil.*

Un importante sector doctrinal (30) ha venido distinguiendo tradicionalmente entre hospedaje civil y mercantil. Así, Bonet, ha venido estimando que el contrato de hospedaje civil hace referencia a la existencia de una categoría consuetudinaria, que como en el caso de los que en su día denominaron «casas toleradas», responden a una práctica social. A su juicio el supuesto que contemplará el artículo 26 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos (31) se quiso referir al contrato de hospedaje civil, cuyas características son —a su juicio— las notas de familiaridad o cuasi-familiaridad; reducido número de personas, prestación de alojamiento y manutención conjuntamente, falta de profesionalidad por carencia de signos de dedicación.

En definitiva, la posición de Bonet, es que existe un contrato de hospedaje civil frente al mercantil. Esta figura estaba prevista en el artículo 26, dice, de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos, pues, al referirse dicho texto a la manutención como dato obligado de la relación contractual entre inquilino y huésped y denominar esta relación contractual hospedaje, se ha de entender, que se trata de un hospedaje diferente al mercantil, ya que en este último la prestación de manutención al huésped no es una nota obligatoria, según la legislación especial en la materia, es decir, la propia de la industria hotelera.

Finalmente, afirma este autor, habrá de ser, en definitiva, el juez o tribunal competente quien discrimine, en cada caso, en qué momento un hospedaje civil se transforma en mercantil. Se acepta así una posición relativista que hace referencia en definitiva al criterio, a la nota cuantitativa como elemento de distinción, y se apoya en una conocida sentencia de 3 de marzo de 1936, en la que se afirmaba la imposibilidad de declarar «a priori» y con base a nuestro derecho positivo, si el con-

(30) Pérez Serrano: *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*. Madrid, 1930. Bonet Correa: *Régimen Jurídico del Hospedaje y Hostelería*. Madrid, 1955.

(31) Supuesto que ya hemos contemplado anteriormente.

trato de hospedaje debe reputarse como acto mercantil (con la consiguiente calificación jurídica de comerciante al hospedero o fondista), sin tener en cuenta, para marcar la diferencia entre acto civil o mercantil, el **complejo de operaciones** que tal contrato implica, aquilatando los actos realizados por el deudor, especialmente el **volumen del negocio y repercusión del mismo** en orden a su trascendencia jurídica.

Esta es la posición de Bonet al afirmar que será, en definitiva, la jurisprudencia la que habrá de resolver los casos dudosos, a la vista del volumen y alcance del **hecho económico**.

Ahora bien, si es al terreno del hecho económico a donde hay que recurrir para hallar la luz, el hilo conductor que nos permite esclarecer si estamos ante un contrato de hospedaje civil o mercantil, estimo que debemos jugar en este campo con todas sus consecuencias.

Ciertamente el criterio del volumen, como el criterio económico, parece ser el incorporado a nuestra vigente Ley de Arrendamientos Urbanos —artículos 4 y 21—, así como al artículo 2 del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas, en cuanto es por razones de entidad, volumen de operaciones y repercusión social, que, con base a estas disposiciones legales, se aplicará un régimen jurídico y un tratamiento administrativo discriminatorio.

Así, en el artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se afirma, que el hecho de que el inquilino ejerza en la vivienda una «pequeña industria doméstica», aunque sea objeto de tributación, no desnaturalizará el contrato de inquilinato, y en el artículo 21 del mismo cuerpo legal se preceptúa que el régimen legal del subarriendo no es aplicable a quienes ejerzan en la vivienda la «industria doméstica de hospedaje».

Ahora bien, una cosa es que persista el contrato de inquilinato, es decir, el concluido entre propietario y arrendatario de casa-habitación sin que pierda su carácter por el hecho de que el arrendatario desarrolle una pequeña industria doméstica (de hospedaje), y otra cosa es el carácter civil o mercantil de los contratos que aquel arrendatario concluya, no como arrendatario de la casa-habitación, sino como parte independiente en un contrato más o menos complejo con el huésped o huéspedes. Este último, es un contrato con entidad propia, aun cuando su posibilidad efectiva de realización surja sobre la base de la preexistencia de una casa-habitación y de una relación jurídica previa, que tanto puede ser la de arrendamiento como la de simple propiedad.

Lo que únicamente se afirma en la Ley de Arrendamientos Urbanos es:

1.º Que el inquilino que en una vivienda ejerza una industria pequeña de hospedaje (doméstica, artículo 21) no ha de ver conceptuado ni regulado, por las normas relativas al subarriendo, los contratos que concluya.

2.º Que dentro de la institución del subarriendo, está facultado el subarrendador para concluir contratos de tal naturaleza hasta con dos cabezas de familia, sin necesidad de obtener autorización del propietario, debiendo únicamente poner en su conocimiento la conclusión de los contratos. Necesitará, por el contrario, la autorización del arrendador si los subarrendatarios fuesen más de dos personas (independientes o cabezas de familia).

3.º De lo expuesto ha de deducirse que la conclusión de indefinidos contratos de subarriendo (en cualquier caso más de dos), no incide ni tiene que rozar (aún cuando de hecho pueda ser más o menos usual) con el ejercicio de la **industria** del hospedaje.

4.º Que en definitiva la Ley de Arrendamientos Urbanos se limita a mencionar en el artículo 4 a la industria doméstica de hospedaje sin aclarar concepto ni alcance, ni régimen regulador, al solo efecto de señalar que al ejercicio de tal industria no desnaturaliza el primitivo contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre el propietario del inmueble y un pequeño industrial (en calidad de arrendatario), evitando, de esta forma, que el contrato de arrendamiento de vivienda o inquilinato se transforme en contrato de arrendamiento de local de negocio, como inicialmente habría de suceder de no indicarlo expresamente la propia ley, pues es incuestionable que el ejercicio de una industria (de mayor o menor volumen), que se explota sobre la base (elemento esencial en la **pequeña** empresa) de la casa-habitación, desfigura el contrato de arrendamiento de vivienda o inquilinato, tanto más cuanto mayor sea el volumen de la industria, ya que —ciertamente— el hecho social que sirvió de base a la construcción jurídica del contrato de inquilinato, es el interés de una de las partes, que busca casa-habitación para sí y su familia, y no para terceros, mediante precio. No obstante, en los supuestos en los que la ley presume que el fin inicial del contrato de inquilinato se mantiene aún, sino en puridad, sí en gran medida, se opta por la solución de ignorar la existencia de

la pequeña industria. Y redundando en lo expuesto debemos subrayar finalmente, que el carácter económico de los supuestos de hecho que están a la base de los que se han venido considerando como contratos de hospedaje civiles, viene expresamente reconocido por el propio texto legal al referirse, aunque sea para sustraerlos al régimen mercantil, a la pequeña industria doméstica de hospedaje; es decir, que lo único que preocupa y se ha tomado en cuenta es el extremo referente a volumen empresarial, marginándose por razón del volumen empresarial aquellas industrias de escasa entidad que desarrollan su actividad en un ámbito reducido.

Ahora bien, este punto de vista estrictamente cuantitativo no puede servir de base a una calificación cualitativa. El hospedaje es siempre una industria para el dador de servicios, y los actos de éste último no pueden merecer otra calificación diferente de la de los actos mercantiles, hecho caso omiso del volumen del negocio y de su repercusión.

Por las razones expuestas, mantenemos que en el momento actual no hay base para seguir manteniendo la dualidad hospedaje civil-hospedaje mercantil.

Por otra parte, y a la luz de lo que ha quedado expuesto, observamos que alguno de los razonamientos que sirvieron de base a la postura que aquí se contradice, carecen en la actualidad de fundamento sólido.

Así cuando Bonet, como ya vimos, llegaba a la conclusión de que frente al hospedaje mercantil existe un hospedaje civil —figura que según él estaba potencialmente prevista en el artículo 26 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, artículo éste que al referirse a la manutención como dato obligado de la relación contractual y denominar a esta relación «hospedaje», creó un hospedaje diferente al mercantil (en el que no es obligatoria la prestación de manutención)— incurrió en un error de interpretación. A nuestro juicio, e independientemente de que este texto legal esté hoy derogado, no hay base para llegar a tal consecuencia, pues lo que únicamente se afirmaba en aquel texto legal, es que la prestación de manutención arrastra la calificación del contrato como de hospedaje, sustrayéndolo al régimen del contrato de subarriendo; criterio el del artículo 26 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, que nos parece totalmente acertado y acorde con la posición que hemos mantenido en relación

con el alcance definitorio de los servicios y su calificación en el contrato de hospedaje.

En definitiva, el legislador colocado ante el hecho de que en numerosas ocasiones el inquilino, en un contrato de arrendamiento facilita alojamiento y *manutención* a terceros *mediante precio*, decidió calificar esta relación como hospedaje y sustraerla al régimen arrendatario. Es pues el dato de la manutención el que está a la base de esta decisión.

Hemos de destacar finalmente que el Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas entra en colisión con la Ley de Arrendamientos Urbanos, concretamente el artículo 4 de este texto en relación con el artículo 21 del mismo mes, pues a tenor del Decreto de 1965, la tenencia de huéspedes en forma distinta a lo previsto en el artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es la única excepción a la consideración como establecimiento hotelero, de aquellas actividades cuyo fin consistan en facilitar alojamiento, con o sin otros servicios complementarios. Y esta colisión se produce al admitir el artículo 21 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la posibilidad de que la tenencia de *más de dos huéspedes* no disvirtúe el carácter de «pequeña industria de hospedaje», cuya existencia no desnaturaliza la relación arrendador-arrendatario de vivienda.

El criterio cuantitativo criterio impreciso del volumen— ha cedido al de la calificación automática como establecimiento hotelero, a tenor del Decreto citado, lo que acarreará su sustracción a la esfera del arrendamiento de vivienda, para incidir de lleno en el de arrendamiento de local de negocio y seguir este último régimen.

Más aún; si la única excepción que admite la Ley de Arrendamientos Urbanos es el supuesto del artículo 18, si esta remisión está hecha correctamente, ha de concluirse, que al referirse dicho artículo al supuesto del subarriendo, ni siquiera el hospedaje reducido a dos huéspedes escaparía a la regulación especial del hospedaje y a su reglamentación turística especial. Hay que reconocer, sin embargo, que aun cuando la remisión del artículo 2, del Estatuto Ordenador de Empresas y Actividades Turísticas se realiza al artículo 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos del 64, con notable incorrección se habla en dicho artículo 2 de «la simple tenencia de *huéspedes* en la

manera autorizada en el artículo 18...» siendo así que el artículo 18 no se ocupa de huéspedes, ni de pequeño hospedaje, si no de subarrendatarios *estables*.

4. CONCLUSIONES

Tras el examen fatigosamente casuístico que ha quedado expuesto, creemos poder, generalizando al máximo, extraer las siguientes conclusiones:

1.º Aun cuando existen una serie de notas y criterios que ocasionalmente se han incorporado a unos y otros textos y definiciones, únicamente la matización en torno al criterio de los servicios puede despejar satisfactoriamente las dudas y obscuridades en los casos límites; lo que nos indica que este criterio es definitivo para la fijación del concepto.

2.º El criterio definitorio que propugnamos, que no es nuevo pues se encontraba más o menos potencialmente en los antiguos textos, se ha incorporado con suficiente claridad a la nueva normativa.

3.º Parece infructuoso, en el momento actual, seguir manteniendo la distinción entre hospedaje civil y mercantil. En este sentido, las nuevas categorías surgidas habrían desbordado y absorbido a antiguas clasificaciones y conceptos.

R E S U M E

JUAN ORTIZ DE MENDIVIL: *Le concept juridique du logement.*

Une fois constatée la difficulté d'obtenir un concept précis du contrat de logement, on aborde le problème des textes traditionnels du droit privé, et on étudie en premier lieu les diverses modalités concernant le bail. Une fois détectés les divers critères qui, plus ou moins expressément se trouvent dans ces modalités, on passe ensuite à un examen individualisé de chacun de ces critères —critère de la stabilité d l'entreprise, du terme contractuel, du mécanisme de renouvellement du contrat, des prestations— pour obtenir finalement la conclusion que seulement le critère nuancé des services, particulièrement à la lumière des textes administratifs en vigueur les plus modernes, est définitif et décisif.

Finalement, on examine les formes traditionnelles du logement —logement civil et logement mercantile— et on arrive à la conclusion que cette différenciation a été surmontée.

S U M M A R Y

JUAN ORTIZ DE MENDIVIL: *The legal explanation of the lodging contract.*

Once the difficulty of obtaining an accurate review on the lodging contract is ascertained, an approach is made to the problem in the traditional legal quotations of private law, studying on the first place the diverse related rental terms. After the detection of the diverse criterions more or less advisedly underlying the said modalities an individualised exam follows on each one of them —criterions of the stability of the concern, of the contractual term, of the mechanism of contract renewal, of the prestations— for finally reaching the conclusion that solely the shadowed criterion of the services, particulaly to the light of the standing and more up to date administration texts, is definitive and defintory.

Finally the traditional forms of lodging —civil and mercantile lodging— are examined ending with the conclusion that the differentiation has been surmounted.

ZUSAMMENFASSUNG

JUAN ORTIZ DE MENDIVIL: *Der rechtmässige Begriff der Beherbergung.*

Nach denn die Schwierigkeiten einen genauen Begriff des Beherbergungsvertrages zu erreichen konstatiert sind, wird die Frage in den überlieferten Texten des privaten Rechtes zur Sprache gebracht. Zuerst werden die verschiedenen Eigenarten der Verpachtung, die damit in Beziehung stehen, studiert. Wenn man die verschiedenen und mehr oder wenig darunterliegenden Kriterien schon untersucht hat, richtet man weiterhin die Aufmerksamkeit auf eine eigentümlichen Prüfung der einzelnen Kriterien: der Beständigkeit des Unternehmens, des verleistungen. Endlich kommt er zu dem Schluss dass nur das *schattierte* Kriterium der Dienste, besonders im Hinblick auf die gültigen und neuesten Verwaltungenstexten, endgültig und bestimmend ist.

Zuletzt werden die überlieferten Formen der Beherbergung-zivilen Beherbergung und der kaufmännischen Beherbergung-geprüft.