

## La tapa: análisis jurídico

Javier Álvarez Nogal y Jordi Barrat Esteve \*

**SUMARIO:** 1. Definición. 2. Naturaleza jurídica. 2.1 Foro u oferta. 2.2 La tapa en el marco negocial. 3. Régimen jurídico. 3.1. Sujetos. 3.2. Objeto. 3.3 Lugar. 3.4. la tapa como oferta económica. Bibliografía.

Es una obligación ineludible de todo jurista el permanecer atento a los variados fenómenos jurídicos que se producen en su entorno social. La progresiva implantación de un derecho positivizado, es decir, condensado en unos textos normativos, nos impide, algunas veces, atender a ciertos acontecimientos o situaciones que, no encontrándose recogidos en estos textos, no dejan de tener un trasfondo y una estructura plenamente jurídica.

Podría señalarse incluso que la auténtica operación jurídica se produce frente a estos últimos hechos. El estudio de una institución ya regulada positivamente nos resulta

---

\* Los autores ejercen respectivamente como abogado en el Ilustre Colegio de Abogados de León (España) y como Profesor Titular de E. U. en Derecho Constitucional de la Universidad de León (España). El Prof. Barrat Esteve actualmente se encuentra en estancia académica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Una versión similar de este trabajo mereció una mención especial del Jurado del I Premio de Ensayos Jurídicos “José María Suárez” convocado por el Ilustre Colegio de Abogados de León (España).

### La tapa: análisis jurídico.

mucho más llevadero toda vez que la propia ley se encarga de sistematizar los distintos elementos que intervienen. Cuando se trata, por el contrario, de analizar un fenómeno estrictamente social, el jurista no puede ayudarse de esas preciosas muletas, sino que sólo puede encomendarse a principios, conceptos y técnicas que anidan en su propio razonamiento. Es ahí donde el jurista disfruta enormemente ya que llega a experimentar el placer de descubrir el derecho, de ayudar a la sociedad sistematizando un fenómeno que, hasta su intervención, se producía de manera un tanto anárquica.

La masiva positivación del derecho nos suele privar de estos momentos de placer, pero curiosamente la ciudad de León nos depara ciertos elementos que merecen la atención de un jurista. Nos referimos, como el título indica, al sano ejercicio de degustar gratuitamente diferentes manjares en los distintos establecimientos hosteleros de la ciudad. La *tapa*, como suele denominarse a este instituto, presenta unos rasgos que suscitan, en primer lugar, ciertos interrogantes en cuanto al alcance de su naturaleza jurídica y, en segundo lugar, ciertas sombras sobre algunos de sus elementos. Resulta necesario, por lo tanto, proceder a su análisis exhaustivo desde una perspectiva jurídica<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>El análisis contará con ejemplos extraídos del panorama hostelero leonés. Consideramos necesario advertir que tales aportaciones no constituyen meras frivolidades o curiosidades alejadas del racionamiento jurídico. El estudio de un comportamiento fáctico exige, por el contrario, una observación atenta y minuciosa que debe poder certificarse mediante ejemplos concretos.

## 1. Definición.

Pese a tratarse de un hecho popularmente conocido, la *tapa* presenta ciertos problemas definitorios a la hora de deslindarla de otras técnicas jurídicas que, próximas en cuanto a su entorno de aplicación, difieren en su estructura básica. Para analizar correctamente su régimen jurídico, debemos establecer previamente sus diferencias con el *pincho* y con la *ración*.

La *tapa* podría definirse como sigue: Degustación gratuita, ofrecida por un establecimiento hostelero, como complemento a la consumición líquida solicitada por el cliente o consumidor.

El *pincho*, que también consiste en una degustación, difiere de la *tapa* en el elemento de gratuidad, dado que el cliente deberá abonar una cantidad determinada si, al lado de su consumición, generalmente una bebida, pretende ingerir algún elemento sólido.

La *ración*, por su parte, tampoco es gratuita, pero además no puede ser considerada como un mero complemento de la consumición. Atendiendo a ciertos rasgos determinantes, como la cantidad servida por el establecimiento hostelero o los utensilios facilitados al cliente para su consumición (cubiertos, servilletas, etc.), adquiere una

entidad y consistencia propia que la aleja de ser un mero complemento a una consumición<sup>2</sup>.

## 2. Naturaleza jurídica.

### 2.1. Foro u oferta.

Se trata, como podrá suponerse, de un elemento de enorme trascendencia ya que lo que estamos dilucidando es realmente si la tapa constituye un auténtico instituto jurídico o, por el contrario, debe quedar reducida a un mero hábito cuyo cumplimiento se encomienda a otros principios como el de tolerancia social o buena educación.

La dogmática jurídica nos ofrece distintas posibilidades en las que podría enmarcarse nuestro objeto de estudio. Podríamos hallarnos, en primer lugar, ante una mera *liberalidad*, es decir, un acto espontáneo y voluntario del establecimiento hostelero en beneficio del cliente. La segunda posibilidad consistiría en que el instituto fuera calificado como *costumbre* jurídica, es decir, un hábito que, en función de sus elementos estructurales, ha alcanzado una fuerza

---

<sup>2</sup>La cafetería Aroa (C/ Juan XXIII/El Ejido) nos permite contemplar en la práctica un uso riguroso de todos estos conceptos. Este local sirve, como es lógico, su correspondiente tapa, pero un cartel advierte a los clientes de lo siguiente: «El pincho a mayores de la tapa: 100 ptas.». Obsérvese como no se ha elegido una fórmula más sencilla consistente en «La tapa a mayores: 100 ptas.». Esta última solución hubiera violentado la esencia de la tapa ya que se le estaría adjudicando una determinada tasación económica. Aquella consumición que, aun teniendo el mismo contenido material de la *tapa*, se degusta a cambio de una contraprestación económica debe denominarse *pincho* y así se aplica, con extraordinaria finura jurídica, en el establecimiento analizado.

obligatoria similar a la ley. Alejándonos del entorno jurídico, la tapa también podría ser calificada como un acto de mera cortesía social equiparable, por ejemplo, a la tradición de ceder el asiento a una dama.

Analizaremos a continuación los elementos jurídicos presentes en nuestro caso, pero interesa avanzar, en este estadio del trabajo, que nuestra conclusión defenderá el carácter de la tapa como *costumbre local*.

La costumbre requiere, como sabemos, dos componentes para que pueda acreditarse su presencia. La práctica analizada debe consistir, en primer lugar, en «la realización de actos externos, de manera uniforme, general, duradera y constante» (ALBALADEJO, 1996: 97). Es sencillo comprobar como lo que conocemos por tapa reúne los elementos antes citados. Se trata, de forma evidente, de un acto externo y, en la ciudad de León, viene produciéndose de forma duradera y constante.

Podría suscitar alguna duda el requisito de que el comportamiento fuera uniforme y general ya que ni todos los bares admiten esta práctica ni los que la aceptan la aplican de forma uniforme. Advirtamos, sin embargo, que la uniformidad se exige en el ámbito territorial en el que nosotros afirmemos la existencia de la costumbre. Suele aceptarse, en este sentido, la presencia tanto de costumbres *generales*, aplicables a todo el territorio en cuestión, como de costumbres *locales*, válidas para ámbitos más reducidos. El problema de la tapa obedece a que su aplicación no alcanza todo el territorio municipal, sino que queda circunscrita a aquellos locales donde se practica con asiduidad. No parece,

### La tapa: análisis jurídico.

sin embargo, que tal reduccionismo impida constatar la existencia de una costumbre jurídicamente válida<sup>3</sup>.

El segundo elemento exigido para admitir una costumbre presenta mayores complicaciones. La doctrina suele referirse a la denominada *opinio iuris seu necessitatis*. Se trata de un elemento subjetivo consistente en la convicción de los participantes de que sus comportamientos responden a una obligación jurídica y no a un mero hábito.

La ausencia de este elemento provoca que los comportamientos reiterados carezcan de la juridicidad propia de la costumbre y queden reducidos a la categoría de actos «de benevolencia, de tolerancia [o] de cortesía» (ALBALADEJO, 1996: 98). También podría suceder que la tapa constituyera una *donación tácita*, es decir, estaríamos ante un contrato jurídico entre el hostelero y su cliente, pero tal relación carecería de la fuerza obligatoria de la costumbre. Podría darse el caso, por último, que la tapa fuera englobada dentro de la categoría de *usos* que, «no siendo costumbres en sentido estricto de este término, tienen relevancia jurídica» (: 109). Demostraremos a continuación, sin embargo, cómo la contemplación de este hábito nos permite detectar ciertos comportamientos que evidencian la existencia de la mencionada *opinio iuris* y que implican, por lo tanto, la existencia de una auténtica costumbre.

La principal dificultad que presenta este procedimiento consiste en la *prueba* de la existencia de un

---

<sup>3</sup>Esta cuestión merecerá un análisis más detallado en el apartado dedicado al principio de territorialidad de la tapa.

elemento que, por sus propias características, afecta al fuero interno de los participantes. Nos encontramos, en definitiva, ante la complicada verificación de un elemento de naturaleza subjetiva o espiritual. La *praxis* jurídica soluciona tradicionalmente estos obstáculos mediante la búsqueda de ciertos elementos *externos* que reflejen, en mayor o menor medida, la existencia de una determinada inclinación en el ánimo del actor. Pensemos, por ejemplo, en la acreditación del dolo o de la culpa en el ámbito del derecho penal.

El objeto de nuestro estudio nos ofrece, en este sentido, un elemento fáctico que, de manera indubitable, parece conducirnos a la aceptación de la existencia de la *opinio iuris*. Nos referimos a los siguientes hechos cuya asiduidad puede ser comprobada con el oportuno peritaje. Suele darse el caso de que el cliente, ante el olvido por parte del hostelero de la entrega de la tapa, reclame expresa y públicamente su cumplimiento. El hostelero suele reaccionar con naturalidad ante esta petición y, lejos de sentirse ofendido ante una demanda extemporánea y extravagante, acepta su error, entrega la tapa e incluso puede aumentar su contenido en aras a la reparación del daño causado.

Consideramos que esta práctica supone el elemento externo que necesitábamos para certificar la existencia de la *opinio iuris*. La actitud de los participantes parece reflejar la convicción mutua de que la entrega de la tapa no consiste en un mero detalle voluntario del hostelero, sino en una obligación de contenido jurídico.

Llegados a este punto, puede concluirse que, una vez comprobada la existencia de los dos elementos que exige la

## La tapa: análisis jurídico.

costumbre, cabe defender que, en determinados establecimientos de la ciudad de León, la práctica de la tapa adquiere esta naturaleza y debe ser considerada como comportamiento obligatorio a todos los efectos.

La determinación de su naturaleza jurídica debe acompañarse, sin embargo, del estudio de aquellos otros elementos que configuran el instituto. Se adjuntan a continuación las conclusiones extraídas de un análisis detenido y exhaustivo del panorama hostelero leonés.

### 2.2. La tapa en el marco negocial.

No estamos, en primer lugar, ante una obligación que surja con carácter autónomo, sino que proviene de un contrato *complejo* en el que una parte –el consumidor- recibe tanto una consumición líquida como una tapa. Se trata asimismo de un contrato de *compraventa civil* por el que un hostelero, a cambio de un precio, se obliga a entregar los dos productos antes mencionados.

El artículo 1.254 del código civil (CC) establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Este contrato *atípico* alberga, en todo caso, una serie de especialidades que desarrollaremos a continuación.

Como *elementos personales*, que intervienen en la formación y perfección del contrato, contamos con el consumidor o cliente y con el hostelero.



Es un contrato de carácter *bilateral* puesto que surgen obligaciones para ambas partes: una de ellas tiene la obligación de pagar la consumición y la otra tiene la obligación de entregar la tapa. Se trata asimismo de un contrato *oneroso* ya que existen prestaciones para las dos partes intervinientes.

Cabe destacar, por otra parte, que la obligación de entregar la tapa se halla implícita en la de servir la consumición dado que, aun no siendo la obligación esencial del contrato, su cumplimiento es necesario. Resulta curioso apreciar como, en el momento de la perfección del contrato, el consumidor demanda un producto diferente a la tapa, pero, si el hostelero no cumple con su obligación de entregar esta última, el primero tiene el derecho de exigirla como parte inescindible del contrato. En este sentido, el artículo 1.258 CC establece que, una vez perfeccionado el contrato, la obligación no afecta solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado (poner un vino), sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso (entregar la tapa como parte indivisible de la obligación) y a la ley.

Estamos ante un contrato *consensual* ya que su perfección se alcanza por el mero consentimiento de las partes, es decir, cuando el cliente solicita la consumición y el hostelero comienza a ejecutar las tareas encaminadas al cumplimiento de su obligación. Sucede, sin embargo, que su recto cumplimiento exige asimismo que la ejecución se realice en un periodo temporal extraordinariamente limitado ya que los productos afectados deben entregarse en unos minutos como máximo. El desconocimiento de este requisito

### La tapa: análisis jurídico.

implica lógicamente el incumplimiento del contrato dado que éste ya se ha perfeccionado con anterioridad. Si, por el contrario, estuviésemos ante un contrato real, la demora antes señalada no generaría ninguna consecuencia ya que, en sentido estricto, no habría ni contrato ni posterior incumplimiento.

La formación del contrato exige, por otro lado, la existencia de una oferta mutua. La relativa al hostelero se aprecia fácilmente ya que sus establecimientos están destinados, como actividad económica principal, a celebrar este tipo de contratos. La del consumidor se materializa en la declaración de voluntad dirigida al hostelero al demandar un determinado servicio. La oferta debe contar con la intención clara de contratar por ambas partes manifestada cuando el hostelero abre el establecimiento y el cliente entra en el mismo con la intención de consumir. Debe poder apreciarse asimismo en su integridad, es decir, ni el hostelero puede servir solo el vino y olvidarse de la tapa, ni el consumidor puede pagar solo una parte de la consumición. Se exige, por último, el mantenimiento de la oferta siendo la del hostelero

habitualmente más prolongada ya que abarcará todo el periodo del día en el que se ofrece la tapa.

Según reza el artículo 1091 CC, el contrato perfeccionado genera la obligatoriedad del mismo: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». Por otra parte, según el artículo 1.256 CC, «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Aquí reside el derecho

del consumidor a exigir la tapa como contraprestación de la obligación del hostelero de entregarla junto con la consumición principal.

Nos hallamos ante contrato *relativo*, es decir, sólo produce efectos entre las partes contratantes ya que el hostelero sólo se obliga a entregar la tapa a quien ha consumido y no a quien está de espectador. Puede admitirse, sin embargo, que, por *cortesía* del hostelero, se entreguen «tapas» a todos los presentes, aun sin haber consumido.

También cabría hablar, por último, de irrevocabilidad del contrato puesto que, una vez que se perfecciona, sólo las partes contratantes pueden modificarlo o revocarlo. El consumidor no puede, por ejemplo, desistir unilateralmente del contrato antes de que el hostelero sirva la bebida y la tapa. De la misma manera, una vez servida una de las consumiciones, el contrato sólo puede modificarse si se cuenta con el consentimiento de ambas partes<sup>4</sup>.

### **3. Régimen jurídico.**

Una vez contemplado el instituto a la luz de la teoría general de las obligaciones, nos corresponde examinar algunos rasgos específicos que conforman su peculiar régimen jurídico. Aludiremos, en primer lugar, a las categorías generales de sujeto, objeto y lugar. También abordaremos simultáneamente otras consideraciones más

---

<sup>4</sup>Esta situación suele producirse cuando el consumidor muestra su desagrado ante la tapa servida por el hostelero y ambos acuerdan su sustitución por otra.

## **La tapa: análisis jurídico.**

específicas referidas a la unicidad, territorialidad o instrumentalización económica de la tapa.

### **3.1. Sujetos.**

Existe en primer lugar un deudor, identificable en la persona que debe entregar la tapa previa petición de una consumición. Tal deudor ha de ser necesariamente la misma persona física o jurídica que vende la consumición ya que no sería lógico obtener de una persona la consumición líquida y de otra la tapa. Ello no implica, con todo, que nos encontremos ante una obligación personalísima dado que la prestación puede ser realizada por el mismo que vendió la consumición o por otro que tenga con él una relación de dependencia. Quien entrega la tapa ha de tener asimismo capacidad suficiente para enajenar ya que debe dar lo que es suyo.

También puede apreciarse claramente la figura del acreedor en la persona a quien debe entregarse la tapa una vez que haya solicitado la consumición. Estamos en presencia de una obligación que debe cumplirse forzosamente con la persona adecuada ya que no cabría que el receptor de la tapa fuera persona distinta del consumidor.

### **3.2. Objeto.**

Dentro de este elemento obligacional debe destacarse su integridad, es decir, la necesaria realización de toda la prestación para lograr su completa extinción. Ello no obsta, sin embargo, para que sea divisible ya que en numerosas

ocasiones la entrega de la tapa se puede fraccionar y entregar en diversas etapas de tiempo (primero un caldo y luego una croqueta). Puede afirmarse asimismo que estamos ante una obligación genérica en cuanto que la obligación consiste en entregar *una* tapa, pero no *determinada* tapa.

Cabe referirse por último a la *unicidad* de la tapa. Este requisito consiste en la aplicación del principio consistente en que a cada consumición le corresponde *una sola* tapa. Se trata de un requisito de fácil comprensión y cumplimiento, pero no por ello deja de presentar ciertos interrogantes.

Pensemos, en primer lugar, que la unicidad de la tapa no implica que su contenido sea uniforme, dado que *una* tapa puede incluir degustaciones de variados productos. El bar Odín (Burgo Nuevo) entrega, por ejemplo, un plato con cuatro o cinco muestras de diferentes raciones. Existe, como es lógico, una pluralidad de objetos, pero, desde una perspectiva jurídica, nos encontramos ante una sola tapa.

Mayores dificultades suscitan los casos en los que la tapa no se presenta de forma individualizada. El León Antiguo (Romántico) entrega como tapa un recipiente con palomitas de maíz. Tanto la cantidad entregada como el número de recipientes existentes en la sala impiden considerar como una sola tapa al conjunto del recipiente, pero se hace enormemente complicado precisar qué cantidad del producto debe tomarse para no quebrar el principio de unicidad, es decir, cuál es la cantidad que equivale a una sola consumición.

### **La tapa: análisis jurídico.**

Obsérvese que, en principio, existen varias hipótesis factibles. Una de ellas ya ha sido descartada en el párrafo anterior ya que, por las razones aducidas, no parece admisible que la tapa abarque todas las palomitas incluidas en el recipiente. La segunda hipótesis, consistente en que el consumidor tendría derecho a una sola palomita, tampoco puede asumirse ya que violenta el sentido común que debe presidir las relaciones jurídicas.

Deberíamos decantarnos, en definitiva, por la solución intermedia. La tapa facultaría al consumidor a coger un *puñado*, a lo sumo dos, del conjunto de palomitas ofertado.

Este ejemplo permite verificar otro elemento que no debe olvidarse en el presente análisis. Nos hallamos ante un fenómeno en el que se hace difícil elaborar categorías generales ya que es enorme la diversidad de los casos planteados. En último término, no debemos olvidar el carácter ya señalado de costumbre local lo que nos debe conducir a evaluar cuidadosamente, en cada caso y situación, los elementos específicos que se manifiesten.

### **3.3. Lugar.**

Atendiendo a que la obligación analizada consiste en dar una cosa, su cumplimiento deberá producirse en el lugar donde ésta se encuentre en el momento de constituirse la obligación. Tal lugar corresponderá, en buena lógica, con el propio establecimiento hostelero.

El carácter territorial de la costumbre suscita, sin embargo, ciertas dudas. Habíamos mencionado anteriormente la necesidad de determinar cuál es el ámbito espacial en el que se aplica la costumbre analizada dado que la doctrina se refiere a dos tipos de costumbre: la general y la local. La primera de ellas abarca todo el territorio donde se aplica el ordenamiento jurídico en cuestión, mientras que la segunda se extiende solamente a una porción de este espacio.

El término *local* no debe confundirnos ya que no alude a una costumbre perteneciente a un *municipio*, sino a un hábito cuyo ámbito es inferior al abarcado por la costumbre general. Un acto repetido de manera uniforme en una provincia o en una comarca, por ejemplo, debería ser considerado como costumbre local, pese a que se extiende sobre el territorio de varios municipios. De la misma manera, una sola población puede albergar diversas costumbres locales en el caso de que su ámbito sólo alcance determinados barrios de ese municipio. Nuestra misión consiste en averiguar cuál es ese espacio en el que la tapa se manifiesta de forma reiterada y uniforme.

Una observación superficial podría conducirnos a pensar que el ámbito de aplicación de la tapa se corresponde con el de la ciudad de León en su conjunto. Se trata, sin embargo, de una conclusión errónea toda vez que existen bares sin tapas a los que no podría obligarse a admitir esta costumbre. El ámbito adecuado consistiría, por lo tanto, en cada *bar* o *establecimiento hostelero* que suele entregar la tapa a los clientes.

### La tapa: análisis jurídico.

Existe, en todo caso, algún ejemplo que permite poner en duda la anterior aseveración. Pensemos en el supuesto de *La Competencia*, establecimiento ubicado en el corazón del Barrio Húmedo (C/Matasiete). Este local constituye jurídicamente una unidad, pero alberga en su interior dos *barras* en las que se sirven tapas completamente diferentes. La práctica habitual, verificable mediante los peritos adecuados, nos indica asimismo que las tapas no son *intercambiables*, es decir, que no es posible solicitar la tapa de una barra en la otra.

Este ejemplo, extraído de la realidad, hipoteca seriamente la afirmación según la cual el ámbito de aplicación de la costumbre analizada se asimilaría a la del local hostelero en su conjunto. Cabría pensar, por el contrario, que cada tapa, y la costumbre que la acompaña, se asocian a una *barra* y no a un *bar*. Aquellos bares que tienen una sola barra no reflejan esta sutil distinción, pero los que contienen varios mostradores permiten contemplar con claridad el ámbito espacial de la tapa.

### **3.4. La tapa como oferta económica.**

Por último, resulta imprescindible, para un mejor entendimiento de este instituto jurídico, considerar a la tapa como una oferta económica. Abordamos con ello uno de los aspectos con mayor trascendencia jurídica. Algunos establecimientos ofrecen como tapa determinados productos que después pueden adquirirse como raciones en el mismo local.



Pensemos, por ejemplo, en los casos de Patatas Blas (Lucas de Tuy) o El Flechazo (Barrio Húmedo) donde tanto la tapa como su producto más emblemático encuentran en las patatas su elemento común.

No parece descabellado incorporar a la tapa dentro del proceso económico diseñado por el establecimiento. La tapa se convertiría en una especie de muestra que, caso de agradar al cliente, podría propiciar la adquisición de cantidades mayores -*raciones* y *pinchos*- del mismo producto. Esta estrategia no reduce su virtualidad al ámbito económico, sino que, como se verá a continuación, tiene una notable relevancia jurídica.

La instrumentalización de la tapa como muestra de una oferta superior debe implicar, en buena ortodoxia jurídica, una relación determinada entre la muestra y el principal, es decir, debe existir una identidad de características entre el primer producto y el segundo. No sería admisible, por ejemplo, que el cliente, alentado por la excelente calidad de la tapa, adquiriera una ración del mismo producto y encontrara, para su sorpresa, un contenido de calidad sustancialmente inferior al primero.

Debe concluirse, en definitiva, que existe una responsabilidad clara del establecimiento hostelero consistente en garantizar una identidad entre la tapa y el producto final cuando la primera actúa como oferta económica o lanzadera comercial.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, I, 14 ed. Bosch, Barcelona, 1996