

M.^a TERESA OTERO COBOS

LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN HOTELERA: CONTROL Y RIESGO

Prólogo de
Juan Ignacio Peinado Gracia

FUNDACIÓN UNICAJA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

| | Pág. |
|---------------------------|------|
| ABREVIATURAS | 9 |
| PRÓLOGO | 11 |
| INTRODUCCIÓN | 27 |

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL DEL SECTOR TURÍSTICO. UNA VISIÓN DE LA EMPRESA HOTELERA

| | |
|--|----|
| 1. ENTORNO EN EL QUE SE DESENVUELVE LA EMPRESA TURÍSTICA..... | 37 |
| 1.1. Económico..... | 37 |
| 1.2. Político..... | 41 |
| 1.3. Sociocultural..... | 45 |
| 2. ESTRUCTURA EMPRESARIAL EN EL SECTOR TURÍSTICO..... | 48 |
| 2.1. Estructura empresarial hotelera..... | 53 |
| 2.2. La internacionalización de las cadenas hoteleras: nuevos actores y fórmulas de cooperación..... | 59 |
| 3. ESTRUCTURA EMPRESARIAL HOTELERA ESPAÑOLA..... | 64 |
| 3.1. Panorama empresarial hotelero..... | 64 |
| 3.2. Sistemas de gobierno en el establecimiento hotelero español..... | 66 |
| 3.3. Repercusión y recuperación de la crisis económica..... | 71 |
| 4. CUMPLIMIENTO DEL MARCO NORMATIVO. <i>COMPLIANCE</i> HOTELERO..... | 73 |

| | Pág. |
|--|------|
| 4.1. Límites legales a la propiedad y a otras formas de explotación por terceros | 78 |
| 4.1.1. Propiedad y multipropiedad..... | 78 |
| 4.1.2. Explotación por terceros | 82 |

CAPÍTULO II

LA FIGURA JURÍDICA DE HOTEL

| | |
|--|-----|
| 1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE HOTEL..... | 94 |
| 2. EL HOTEL COMO NEXO DE CONTRATOS..... | 98 |
| 2.1. El contrato de hospedaje | 100 |
| 2.2. Diferenciación entre el servicio esencial y accesorio en el establecimiento hotelero..... | 103 |
| 3. GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS HOTELEROS... | 108 |
| 3.1. La importancia del <i>know how</i> en la gestión hotelera | 109 |
| 3.2. La externalización de los servicios hoteleros..... | 113 |
| 3.3. La figura del director de hotel | 116 |

CAPÍTULO III

EL GOBIERNO DE LOS NEGOCIOS HOTELEROS

| | |
|--|-----|
| 1. TIPOLOGÍAS CONTRACTUALES Y DE GESTIÓN..... | 123 |
| 2. ARRENDAMIENTO DE EMPRESA HOTELERA..... | 126 |
| 2.1. Nociones previas. Régimen jurídico aplicable..... | 126 |
| 2.2. Principales características | 131 |
| 3. FRANQUICIA HOTELERA..... | 136 |
| 3.1. Nociones previas. Régimen jurídico aplicable..... | 136 |
| 3.2. Principales características | 140 |
| 3.2.1. Fase precontractual | 142 |
| 3.2.2. Fase de comercialización y control | 146 |
| 3.2.3. Fase de vencimiento..... | 150 |
| 4. GESTIÓN HOTELERA | 152 |
| 4.1. Nociones previas. Régimen jurídico aplicable..... | 152 |
| 4.2. Principales características | 164 |
| 4.2.1. Obligaciones del gestor hotelero | 164 |
| 4.2.2. Obligaciones del titular del negocio hotelero | 167 |

CAPÍTULO IV
TRATAMIENTO AISLADO DEL CONTENIDO
DE LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | CARÁCTER INDEPENDIENTE DE LOS EMPRESARIOS | 171 |
| 1.1. | Apariencia y confusión en el tráfico jurídico | 171 |
| 1.2. | Poder de representación | 176 |
| 2. | CESIÓN DE CONTRATOS | 181 |
| 2.1. | Cesión del contrato y garantía de la cláusula <i>non-disturbance</i> | 181 |
| 2.2. | Cesión de los contratos anteriores al acuerdo de explotación | 189 |
| 2.3. | Sucesión de empresa | 193 |
| 3. | ENTREGA DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS | 198 |
| 3.1. | Cesión y uso pacífico de la marca hotelera | 198 |
| 3.2. | Licencia de marca | 202 |
| 4. | CLÁUSULA DE EXCLUSIVA Y NO COMPETENCIA | 206 |
| 4.1. | Fijación del precio de venta por habitación en el contrato de franquicia | 211 |
| 4.2. | A propósito de la STS 692/2013, de 7 de noviembre | 215 |
| 5. | PÓLIZAS DE SEGURO EN LA EXPLOTACIÓN HOTELERA | 217 |
| 5.1. | Particularidades y clases de seguro | 217 |
| 5.2. | Sujetos obligados y pago de la prima | 224 |
| 6. | SISTEMAS DE REMUNERACIÓN | 226 |
| 7. | DURACIÓN Y TÉRMINO DEL ACUERDO DE EXPLOTACIÓN | 231 |
| 7.1. | El equilibrio de las prestaciones. En particular, la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> | 237 |
| 7.2. | Caída de rentabilidad y derecho de cura | 241 |
| 7.3. | Cláusula de vencimiento anticipado ante la declaración de concurso | 244 |
| 7.4. | Cláusula de indemnización por clientela | 252 |
| 7.5. | Cláusulas penales | 257 |
| 8. | COMPARATIVA DE CONTROL Y RIESGOS EN LAS DISTINTAS FORMAS DE GOBIERNO, ¿QUÉ DETERMINA LA SOLUCIÓN ÓPTIMA EN LA ELECCIÓN DEL SISTEMA DE EXPLOTACIÓN? | 262 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 267 |
| | JURISPRUDENCIA CITADA | 289 |

PRÓLOGO

Juan Ignacio PEINADO GRACIA

Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Málaga

«A la posada Almayer se podía llegar a pie, bajando por el sendero que venía de la capilla de Saint Arman, pero también en carruaje, por la carretera de Quartel, o en barcaza, bajando el río. El profesor Bartleboom llegó por casualidad.

- ¿Es esta la posada de la Paz?
- No.
- ¿La posada de Saint Amand?
- No.
- ¿El Arenque Real?
- No.
- Bien, ¿tienen alguna habitación?
- Sí.
- Me la quedo.
- .../...

El hombre abandonó la posada a la mañana siguiente. Había un cielo extraño, de los que corren veloces, tienen prisa por volver a casa. Soplaba el viento del norte, fuerte, pero sin hacer ruido. Al hombre le apetecía caminar. Cogió su maleta y su bolsa llena de papel, y se encaminó a lo largo de la carretera que se alejaba bordeando el mar. Caminaba rápidamente, sin girar la cabeza. Así no pudo ver la posada Almayer despegarse del suelo y deshacerse levemente en mil fragmentos, que parecían velas y que ascendían por el aire, bajaban y subían, volaban y se lo llevaban todo consigo, lejos, incluso aquella tierra y aquel mar, y las palabras y las historias, todo, quien sabe hacia donde, nadie puede saberlo, tal vez algún día alguien esté tan cansado que lo descubra»¹.

¹ BARICCO, *Océano mar*, Barcelona, 2007, pp. 19 y 235.

I

La industria hotelera, como en general los mercados turísticos, ha cambiado extraordinariamente en las últimas décadas impulsada, entre otras causas, por mutaciones en el sector del transporte o la aparición de economías de plataforma aplicadas al hospedaje. También se ha producido la implantación de diferentes modelos de gestión empresarial: especialización, distribución de riesgos, economías de escala y segregación entre gestión y propiedad. Las cadenas hoteleras, especialmente de origen anglosajón, han aplicado estos principios con gran éxito utilizando en su desarrollo una pluralidad de formas jurídicas que, basadas en dicha segregación entre propiedad y gestión, distribuían los riesgos de diferentes formas. Contratos de arrendamiento, gestión, franquicia, etc., se han utilizado de forma simultánea en el crecimiento de las cadenas, estos tipos contractuales, y las formas atípicas que su combinación, segregación o yuxtaposición generan, coinciden en ocasiones con otros contratos necesarios al margen del propio hospedaje y referidos a servicios auxiliares e, incluso, a la construcción de los establecimientos hoteleros.

Nuestra bibliografía jurídica, como la jurisprudencia, no se ha preocupado de estos cambios, excepción hecha de meritorios trabajos².

El trabajo que ahora ofrece la doctora Otero Cobos aporta un elemento singular y de gran valor. Junto al tratamiento doctrinal, junto con un esfuerzo conceptual y tipificador, con la habilidad taxonómica de combinar elementos diversos traídos de la mano de la analogía, la obra que el lector tiene entre manos es un buen libro de trabajo jurídico sobre los contratos realmente utilizados en el sector. Un trabajo científico sobre una rama del Derecho cuya fuente principal son los contratos, y abordada desde el estudio real de los contratos utilizados por las mayores cadenas. Siguiendo la máxima vivantiana tantas veces repetida, tras conocer la estructura técnica y la función económica, la autora acudió no a las bolsas y bancos, sino a los departamentos jurídicos de grandes cadenas hoteleras para manejar directamente los contratos utilizados, las modalidades elegidas, los pactos de distribución de riesgos y beneficios. Y sobre todo eso, con gran provecho (e inmejorable dirección), se escribió esta obra.

Quién conozca a la autora no puede extrañarle esta orientación de su trabajo. Yo tuve ese honor cuando fue alumna destacada en los estudios de la licenciatura en Derecho y en el máster posterior. Desde aquella fecha la inquietud intelectual y profesional le llevó a diferentes empeños en distintos ámbitos, incluido el de senadora (que en la autora, la senadora más

² MORIONES, *Contrato de gestión hotelera*, Valencia, 1998 y, con el mismo título, ÍÑIGUEZ, Valencia, 2015. Y con idéntico título, el trabajo de MARTÍNEZ CAÑELLAS, en *Homenaje a Illescas*, Madrid, 2015, pp. 1485-1510.

joven, se convirtió etimológicamente en un oximorón). Por eso, cuando decidió volver sobre sus pasos, la hoy exclusivamente profesora de la Universidad de Málaga, trajo además de su capacidad de trabajo y formación, la constante necesidad de investigar apegada al sector industrial al que orienta sus trabajos.

II

No es esta la sede para especular sobre la incidencia de la evolución de los medios de transporte y otras novedades técnicas, sobre las modalidades contractuales, sobre la evolución y armonización de instituciones jurídicas, y también sobre las formas de producción de bienes y servicios y los medios de gestión de los mismos. Hemos vivido progresivamente experiencias de especialización regional desde antiguo, limitadas por el autoabastecimiento derivado de las penalidades del transporte; transporte que, en modo de caravanas, rutas comerciales náuticas o terrestres, por ejemplo, permitían el trueque, el intercambio, la compraventa y, paralelamente, la utilización de usos comerciales homogéneos que dieron al Derecho mercantil su base transnacional.

Otro proceso de especialización no geográfico lo han vivido diversos sectores industriales, en los que, mediante el *outsourcing* de procesos, piezas, etc., centraban su actividad en los segmentos de mayor valor añadido, de esta forma además externalizaban el riesgo y podían incluso duplicar las líneas productivas mediante subcontrataciones paralelas. Es fácil identificar diversos sectores industriales en los que sus establecimientos fabriles no son más que cadenas de montaje de piezas fabricadas por terceros siguiendo, eso sí, el *know how* del titular de la marca y el montaje. El sector de automoción, el sector aéreo y otros sectores de la industria se han centrado hace años en el diseño, gestión de marca, montaje y parcialmente servicio postventa. Es más, no resulta difícil encontrar supuestos en los que la valoración de una empresa, en una ronda pre IPO, por ejemplo, es mayor si se deshace de sus fábricas que si las conserva. La idea básica que intentamos sentar en este punto, es que propiedad y gestión se separan, y que el entendimiento de la empresa como gestión de un haz de contratos se ha producido en diversos sectores industriales, incluido el que hoy nos ocupa: el turismo en general, la hospedería en particular.

III

El turismo es una de las principales industrias del mundo. En los últimos años ha aumentado el número de agentes que participan en él, tanto los que desarrollan una actividad económica, como sucede con las compañías aéreas, las plataformas de hospedaje o los establecimientos hoteleros; como

aquellos que disfrutan de los servicios que estos ofertan, tal es el caso de los turistas³. Esto, junto al entorno económico, político y social que afecta directamente al turismo, ha originado constantes cambios en el sector, y por ende, en las empresas turísticas⁴. España, en el contexto internacional, se sitúa de forma muy destacada tanto si atendemos al número de turistas que nos visitan, donde ocupamos el tercer puesto internacional como receptores, cuanto si atendemos a los ingresos que ingresa nuestro país (segunda posición en la comparativa internacional)⁵. Esta situación relevante se entiende mejor si consideramos que ocupamos también los más altos niveles de competitividad turística internacional⁶ y, además, los hábitos de nuestra población se alinean perfectamente con los desarrollos de la industria y, especialmente, con la dotación de infraestructuras (no solo turísticas sino también de transporte) y su comercialización.

En términos macroeconómicos, el turismo en España ha sido un factor básico para la transformación de la economía española, tanto por su contribución al producto interior bruto (PIB) y los cambios estructurales que ha impulsado; como por su participación en la generación de empleos y su aportación de divisas a la balanza de pagos⁷.

Y, sin embargo, desde una perspectiva jurídica no deja de sorprender el escaso interés que las instituciones asociadas al turismo han tenido. Hiperegulado en sus aspectos administrativos, el sector turístico y, particu-

³ Vid. OMT, *Panorama del turismo mundial*, 2018, disponible en <https://www.e-unwto.org/doi/pdf/10.18111/9789284419890>.

⁴ La influencia de las condiciones socio-políticas es indudable. Y España es un buen ejemplo. Si en la primera mitad de esta década la situación política del Mediterráneo ha sido un incentivo muy potente para que las corrientes de turistas se reorientasen hacia nuestro país, el año 2018 ha estado marcado por la relajación de esos mismos factores por lo que la actividad turística ha experimentado una normalización en sus ritmos de crecimiento. En cuanto a las perspectivas para el 2019 se estima que un nuevo crecimiento del 1,7 por 100 del PIB turístico, que siendo una buena noticia lo situaría por segundo año consecutivo por debajo de la media de crecimiento del PIB patrio. A la pacificación del Mediterráneo y suma la incertidumbre que cuando esto se escribe supone el *brexit* (Dios confunda a lo ingleses). Vid. el Índice Sintético de la Actividad Turística, <https://www.exceltur.org/indice-sintetico-del-pib-turistico-espanol-iste/>.

Vid. también el informe EXCELTUR, *Perspectivas turísticas*, núm. 67, enero de 2019, disponible en <https://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2019/01/Informe-Perspectivas-N67-Balance-del-año-2018-y-previsiones-para-2019.pdf>.

⁵ En concreto, según los datos de la *Estadística de movimientos turísticos en frontera (FRONTUR)* entre los años 2004 y 2017, España ha acogido una media anual superior a 60 millones de turistas, cifra que al cierre de 2017 superó a 81 millones de turistas recibidos. Consúltese Subdirección General de Conocimiento y Estudios Turísticos, Secretaría de Estado de Turismo (datos hasta septiembre de 2015) e Instituto Nacional de Estadística (datos desde octubre de 2015): información de la *Estadística de movimientos turísticos en frontera (FRONTUR)*.

⁶ WORLD ECONOMIC FORUM, *The Travel & Tourism Competitiveness Report*, Geneva, 2017, <https://es.weforum.org/reports/the-travel-tourism-competitiveness-report-2017>.

Vid. además FERNÁNDEZ ALCANTUD, LÓPEZ MORALES y SUCH, «El sector turístico en España: el reto de mantener el liderazgo en competitividad», en MANCHA NAVARRO (dir.), *Política económica, economía regional y servicios*, Madrid, Civitas, 2017.

⁷ Vid., de gran interés, CUADRADO ROURA y LÓPEZ-MORALES, «El turismo en la recuperación y el equilibrio exterior de España», *Papeles de Economía Española*, núm. 158, diciembre de 2018, pp. 154-170.

lamente hotelero, es atendido por una dispar legislación autonómica que, fiel a sus competencias, apenas aborda los aspectos jurídicos privados en general (con alguna excepción como los seguros o defensa de consumidores), dejando la regulación de las relaciones entre privados a la iniciativa de estos. Independientemente de que podamos simpatizar con la apatía del regulador y que sean los operadores de ese mercado, altamente profesionalizados, los que tutelen sus intereses; quizá la dificultad de conocer y trabajar sobre «derecho vivido» ha supuesto que la doctrina jurídica no se haya dedicado de forma suficiente a la materia. Como dijimos con anterioridad, esta difícil perspectiva (trabajar primero sobre contratos «vividos») ha sido por la que ha optado la autora en el concreto ámbito de la gestión de hoteles.

IV

Las figuras contractuales a las que se refiere el trabajo de la doctora Otero Cobos no se entienden de forma correcta sin ubicarlas en la realidad jurídico económica de que en los establecimientos hoteleros se separa la gestión de la propiedad del hotel, que esa gestión se especializa y genera economías de escala importantes. Se organiza el sector en cadenas que «abanderan» o «fidelizan» hoteles de terceros, gestionándolos bajo su *know how*. En correlato, se produce un cierto mercado de hoteles que pueden ser abanderados por una cadena u otra o, cambiar, extinguido el contrato.

Las cadenas hoteleras son un fenómeno que ha tenido un extraordinario desarrollo en los países anglosajones (siempre en una posición predominante en lo que se refiere a contratos de distribución).

Si observamos los datos de los principales grupos mundiales (2016) podemos hacernos una idea de la relevancia de este fenómeno.

| <i>Cadena</i> | <i>Hoteles</i> | <i>Camas</i> |
|------------------|----------------|------------------|
| Marriott | 5.456 | 1.071.096 |
| Hilton | 4.480 | 737.922 |
| Intercontinental | 4.963 | 726.876 |
| Wyndham | 7.760 | 671.900 |
| Jin Jiang | 6.000 | 640.000 |
| Total | 28.659 | 3.847.794 |

Fuente: Hostelsur, https://www.hosteltur.com/114424_ranking-10-mayores-cadenas-hoteleras-internacionales.html.

Como puede verse, de las cinco cadenas hoteleras más grandes del mundo tres son estadounidenses (Marriott, Hilton y Wyndham) una británica (Intercontinental) y por último una china (Jin Jiang), sin que aparezca ninguna cadena de la Europa continental⁸. España que, como ha quedado dicho, es de las primeras potencias turísticas del mundo, conoce también el fenómeno de las cadenas hoteleras si bien en el caso hispano, su volumen es muy inferior a incumbentes internacionales.

En el siguiente cuadro pueden verse las dimensiones de las empresas de cadena en nuestro país. Así:

| <i>Cadena</i> | <i>Establecimientos</i> | <i>Camas</i> |
|---------------|-------------------------|----------------|
| Melia | 314 | 83.252 |
| NH | 381 | 58.714 |
| Barceló | 109 | 32.770 |
| Riu | 93 | 42.291 |
| Iberostar | 78 | 27.551 |
| Total | 975 | 244.578 |

Fuente: Hosteltur, https://www.hosteltur.com/108801_ranking-hosteltur-de-cadenas-hoteleras-2018.html.

Como puede verse, el conjunto de hoteles de las cinco primeras cadenas patrias, apenas supone el 18 por 100 de los hoteles que gestiona la primera cadena del mundo. Los resultados solo son un poco mejores si atendemos al número de camas pues el total de las camas gestionadas por las cinco principales cadenas españolas supone un 22 por 100 de las que gestiona solo el grupo Marriott.

El dato, quizá curioso, nos debe llevar sin embargo a considerar la fuerza que la práctica contractual de estas cadenas tiene para exportar sus modelos más allá incluso de sus establecimientos integrantes. Este Derecho de contratos, en el que se centra el libro que prologamos, convive además con regulaciones nacionales que poco o ningún tratamiento recogen para esta forma de organización empresarial.

El fenómeno de concentración de la gestión en cadenas, además es una práctica creciente en todos los mercados. En el siguiente cuadro puede verse una comparativa de la presencia de hoteles independientes (en sentido contrario, hoteles de cadena) en los principales mercados mundiales y su evolución en los últimos diez años.

⁸ La primera cadena de la Europa continental que aparece en el ránking (misma fuente) es la francesa Accor, con medio millón de camas y 3.815 hoteles.

| | 2008 (%) | 2018 (%) |
|------------------------|-------------|--------------|
| Norteamérica | 37,6 | 32,6 |
| Latinoamérica | 68,2 | 61,4 |
| Europa | 64,4 | 59,8 |
| Oriente medio y África | 65,1 | 57,1 |
| Asia y Pacífico | 52,2 | 46,7 |
| Media | 57,5 | 50,32 |

Fuente: Hosteltur, https://www.hosteltur.com/110017_ranking-de-hoteles-las-mayores-cadenas-del-mundo-hace-diez-anos-y-ahora.html.

Como puede verse el proceso de afiliación o abanderamiento nos ha llevado a que en la actualidad (2018) aproximadamente uno de cada dos hoteles en el mundo pertenezcan a una cadena.

V

Teniendo en cuenta lo anterior, en este trabajo su autora se ha centrado en el reparto de control y riesgo que se produce en la gestión de una empresa hotelera. Para ello ha atendido a los diferentes modelos contractuales utilizados por las cadenas en su vinculación a hoteles afiliados. El establecimiento hotelero se ha entendido conforme la definición legal más repetida en nuestras normas autonómicas⁹, como aquella empresa que se dedica de manera habitual y profesional a proporcionar hospedaje o residencia, mediante precio, a las personas que lo demanden, con la posibilidad o no de ampliar este servicio a otros complementarios. Para realizar su objeto, la empresa hotelera requiere de un entramado de colaboraciones contractuales internas y externas con otras empresas del sector turístico. Por este motivo, el hotel se concibe como una unidad económica que cobrará sentido siempre que posea una base jurídica adecuada y sólida. Este estudio adquiere protagonismo al existir en el mercado turístico cada vez un mayor número de operadores (fondos de inversión, SOCIMI, sociedades de gestión de activos turísticos) que persiguen transformar la gestión tradicional soportada, en mucho de los casos, por los miembros de una familia.

Estos elementos conceptuales son relevantes para entender la obra, pues no estamos centrados en supuestos en los que el titular de un edificio há-

⁹ Pese a que el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, derogó diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio, y los conceptos legales que en las normas reglamentarias derogadas se recogían (el contenido esencial del Real Decreto es la derogación del paquete normativo estatal en favor de las Comunidades Autónomas), lo cierto es que la mayor parte de ellas siguieron recogiendo este concepto.

bil para la explotación hotelera cede el uso del mismo mediante precio a un empresario del sector que lo pone en explotación, sino que se trata de contratación entre empresarios: la cadena hotelera y el empresario hotelero individual, que se afilia con diferentes grados de vinculación y fidelidad a la cadena. De esta forma, ambos empresarios coadyuvan a la explotación de la empresa hotelera e incluso cuando se cede en arrendamiento a la cadena, lo que se alquila no es el inmueble sino la empresa.

VI

La gestión de la actividad de alojar puede realizarse a través de diversas fórmulas¹⁰. Una opción es la gestión directa por parte del titular del negocio hotelero¹¹, que también puede ser asistido por una cadena hotelera voluntaria para beneficiarse de economías de escala y comercialización de servicios, sin asumir las directrices de una entidad matriz y, por tanto, manteniendo su independencia. Otra fórmula es la colaboración o cooperación entre empresas turísticas. Dentro de esta nos encontraremos con la mencionada forma de cadena hotelera.

Esta integración, como ha quedado dicho, puede llevarse a cabo, principalmente, a través de tres relaciones jurídicas: el contrato de arrendamiento de empresa, la franquicia o el contrato de gestión hotelera¹². Así, el interés de la autora ha sido realizar un estudio completo del tratamiento jurídico de los tres sistemas de explotación, realizando un análisis previo para conocer qué factores económicos, políticos y sociales afectan a los distintos modelos de negocio jurídico y las relaciones que nacen entre operadores y propietarios hoteleros. Hay que advertir que unas u otras fórmulas conviven dentro de la cadena, adaptándose a diferentes niveles de dirección integrada y, también, a las particularidades jurídicas de los diferentes mercados donde se implanta la cadena en su internacionalización¹³.

VII

La necesidad de realizar un estudio individual de estos contratos pone de manifiesto la ausencia de una normativa específica que regule las rela-

¹⁰ Tiene interés para encuadrar estos aspectos jurídicos la tesis (no publicada hasta donde conocemos) de RIVAS YARZA, «Estructuras de propiedad y gestión en el sector hotelero» (2012), disponible en http://ibdigital.uib.cat/greystone/collect/tesisUIB/index/assoc/Rivas_Ya.dir/Rivas_Yarza_PedroA.pdf.

¹¹ La gestión directa en España se ha incrementado de forma relevante desde la crisis económica y teniendo su vértice de inflexión en el año 2013. Vid. https://www.hosteltur.com/132730_mercado-hotelero-propietario-asume-cada-vez-gestion-directa.html.

¹² Sobre la incidencia de cada modalidad contractual, vid. GRAU y HALLÉ, 2016. *Gestión de activos hoteleros. Informe de Magma Hospitality Consulting*, 2017.

¹³ Vid. CONTRACTOR y KUNDU, «Globalization of Hotel Services. An Examination of Ownership and Alliance Patterns in a Maturing Service Sector», en AHARONI y NACHUM (eds.), *Globalization of Services, some Implications for Theory and Practice*, London, 2000.

ciones que nacen entre el propietario de la empresa y la entidad encargada de la explotación. La ausencia de normas sobre cada relación humana, y no coincidimos en ello completamente con la autora, no es necesariamente una mala noticia, y una interpretación adecuada de los compromisos que asumen las partes se alcanza acudiendo a otras figuras con las que mantienen algunas semejanzas.

De esta manera, negocios jurídicos a los que con frecuencia se ha remitido para cada tipo contractual han sido, en el caso del arrendamiento de empresa¹⁴, las normas relativas a los arrendamientos urbanos. No es en esto el sector hotelero una excepción a la situación del contrato de arrendamiento de empresas en general en nuestro ordenamiento. A pesar de su inaplicabilidad los ha considerado relevantes en tanto permiten conocer el régimen, fines e interpretación de las distintas modalidades de arrendamiento. También las normas sobre arrendamiento de cosa contenidas en nuestro Código común, se convierten en la mayoría de los casos en insuficientes, aunque la autora ha recurrido de forma interesante al reparto de obligaciones contenidas en sus preceptos como sucede con el uso de la cosa como un buen comerciante o mantener en el goce pacífico de la cosa al arrendatario. Del mismo modo han completado el estudio las referencias a la compraventa que, en la especialidad de empresa, permiten ampliar la esfera de obligaciones de las partes, como sucede con el saneamiento de la cosa.

VIII

Por su parte, al tratar la franquicia hotelera, se ha examinado tanto las normas proyectadas sobre contratos de distribución como la cada vez más escueta regulación que en materia del contrato de franquicia existe. En su conjunto, estas normas han ayudado a analizar las principales características del contrato, poniendo en valor la importancia del *know how*, de la cesión de los signos distintivos y la distribución de los sistemas de gestión, marketing, contabilidad y publicidad, entre otros.

En la gestión hotelera, la autora ha recordado al primer intento de regulación que operó en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación de 2013. En ella se realizó una mera aproximación al régimen jurídico de la gestión hotelera, sin abordar ni profundizar en la verdadera complejidad del contrato¹⁵. No obstante, supuso un serio intento abordar la regulación de

¹⁴ Tampoco ha merecido esta figura una especial atención monográfica por parte de la doctrina privada española. *Vid.*, no obstante, a MORALEJO IMBERNÓN, *Arrendamiento de empresa*, Cizur Menor, 2004.

¹⁵ *Vid.* MARTÍNEZ NADAL, «La regulación de los contratos turísticos en la propuesta de código mercantil de la sección mercantil de la Comisión General de Codificación», en BERCOVITZ (dir.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Cizur, 2014, pp. 469-481.

la figura, esfuerzo baldío por cuanto desapareció en la segunda versión del texto, dejando fuera de su ámbito la regulación de las figuras del Derecho contractual turístico, que siempre han sido codiciadas (de rondón por carecer de competencia) por nuestros legisladores autonómicos.

En la gestión, también la afinidad con algunas figuras ha posibilitado completar el estudio con mayor detalle de las relaciones que nacen del contrato. Así, para comprender la posición de las partes en este negocio se acude en la obra a los contratos de agencia, de mandato y a las normas de arrendamiento de servicios.

IX

A pesar de los rasgos comunes con contratos típicos, o parcialmente típicos, cada modelo presenta sus propias singularidades, dado el ámbito exclusivamente hotelero en el que se suscriben. Estas especialidades han sido analizadas de manera separada con cada contrato. No obstante, del trabajo de la autora se desprende que en la práctica existen algunas cláusulas y acuerdos que requieren también, de forma complementaria, un tratamiento aislado convirtiéndose en los verdaderos rasgos diferenciadores de esta especialidad contractual. Esto se muestra gracias a un estudio más detenido que permite entender mejor cómo influyen los acuerdos en el gobierno cotidiano de la empresa hotelera. Con este fin se ha hecho una selección, tras un estudio concienzudo, de las que Otero considera que alcanzan mayor relevancia en este ámbito.

Algunos de estos acuerdos son comunes en los tres contratos. En la obra, el lector tiene un completo tratamiento de ellos. Permítasenos pues ahora solo hacer un somero repaso.

X

Un primer bloque temático se refiere a los esfuerzos contractuales para discernir el ámbito de decisión de empresario titular y empresario gestor, garantizando la independencia de ambos. Obviamente no son solo previsiones tendentes a la mejor gestión, sino que el tercero debe poder discernir el ámbito de responsabilidad de uno y otro. Sin embargo, en ocasiones la actuación de ambos empresarios está mutuamente influenciada. Así, en las relaciones precontractuales con el huésped, la contratación con proveedores que realiza la cadena hotelera para abaratar costes o con el deber de aceptar las indicaciones dadas por la empresa matriz. Esa apariencia o confusión repercute en el reparto de responsabilidad. Además, este objetivo confronta con aquella situación en la que la cadena hotelera forma parte del capital social de la sociedad propietaria del negocio, aunque sea minoritario, pues

su control como sociedad matriz será mayor y más evidente la confusión frente a terceros. No es este el lugar ni la orientación de esta obra, pero en estos supuestos se puede producir que la responsabilidad contractual frente a terceros coincida con la posibilidad de extender la responsabilidad del empresario titular del establecimiento a su socio o a su grupo, o a su socio minoritario pero gestor contractual, también como administrador de hecho de la sociedad propietaria.

Otra cláusula relevante es la que limita de forma expresa la cesión del contrato de explotación. En este trabajo de identificar cláusulas y previsiones contractuales, la autora aprecia que existen distintos grados de cesión que configurarán la esencialidad o no de recabar el consentimiento de las partes y, por tanto, la posibilidad de resolver el contrato en caso de que no se obtenga este. Cuando se produce una modificación sustancial de la entidad gestora, que impide mantener los acuerdos alcanzados y modifica la llevanza del establecimiento, cabrá la resolución del contrato. Sin embargo, si únicamente se produce un cambio entre las sociedades de la propia cadena o de titularidad sin implicar modificación de la marca o de la confianza depositada en la misma, cabría recabar el consentimiento, pero no conllevaría la resolución automática del contrato. Este tipo de cláusulas tiene especial relevancia ante procesos de concentración hotelera.

XI

En la explotación hotelera, desde el punto de vista de la competencia, pueden llevarse a cabo prácticas desleales con la finalidad de alcanzar una posición hegemónica en el mercado. Con frecuencia las partes incluyen una referencia en el contrato a la prohibición de competencia, delimitando una zona geográfica o bien, impidiendo la adhesión de cualquier otro servicio que no sea el pactado y ejecutado por la cadena hotelera. La prohibición de conductas anticompetitivas se extiende a los intereses que puedan ostentar los accionistas y también a aquellas otras marcas del portfolio hotelero que pertenecen al mismo grupo. Lo adecuado, tal y como se recoge en la obra, es defender la legitimidad de estas cláusulas de exclusividad, pero siempre que en su determinación se refiera a perfiles concretos, mercados, *targets* de público, territorios objetivos y no, como ocurre alguna vez, cuando estas cláusulas solo persiguen fidelizar al hotel afiliado impidiendo el mercado entre cadenas. De la misma forma, estas cláusulas también se presentan en favor del titular no gestor, cuyas expectativas económicas pueden estar supeditadas a que en su área geográfica de influencia la cadena no afilie a otro establecimiento similar, incorporando sus estándares de servicios y calidad, su marca y sus relaciones con proveedores de huéspedes. En los supuestos en los que se autoriza un nuevo establecimiento próximo o en aquellos supuestos en los que el hotel ya existía antes del contrato y se afilia con posterioridad, cobrarán protagonismo las labores de inspección y control que

ejerza el empresario, para supervisar el nivel de desempeño de la cadena hotelera en ambos establecimientos.

XII

Las obligaciones contenidas en los contratos de explotación hotelera se caracterizan por su onerosidad, por eso incluyen un régimen detallado de remuneración. Sin embargo, en cada modalidad contractual la forma de determinar la retribución variará. Generalmente se trata de cuantías variables que dependen del resultado de la explotación del hotel y de las inversiones que hayan tenido que realizar, esto es, inversiones en bienes de capital (*Capital Expenditure* —CapEx—). En el arrendamiento de empresa, la retribución consistirá en un importe fijo y otro variable, dependiente de los beneficios de explotación. En la franquicia, debe abonarse un canon de entrada (*Application fee*), correspondiente a un importe fijo por habitación junto a un porcentaje de los ingresos obtenidos. En el de gestión, el precio consiste en un porcentaje del resultado bruto de explotación (*Gross Operating Profit* —GOP—). Tanto en la franquicia como en la gestión existen pagos accesorios que responden al abono de honorarios por otros conceptos como la licencia de marca, la gestión de reservas, comercialización, etcétera.

XIII

Junto a la onerosidad, otra característica común es la duración determinada. A lo largo de los años esta duración ha ido disminuyendo, alcanzando en la actualidad entre los diez y quince años, incluyendo prórrogas por periodos más breves. Normalmente, la duración del contrato está vinculada a las previsiones económicas de recuperación de las inversiones realizadas. Así como al cumplimiento de objetivos que las partes estimen alcanzar para que el negocio sea rentable. La extinción del contrato produce la liquidación o ajuste del negocio con el fin de equilibrar la situación de ambas partes.

El transcurso del tiempo pactado es una causa de resolución del contrato, pero además de ella, junto a las contempladas en las normas de Derecho común, existen otras a las que expresamente se hace referencia en el contrato. Estas desencadenan deberes de indemnización en la mayoría de los casos, siendo más difícil imponer la exigencia de cumplimiento de la obligación en sus propios términos, debido al personalismo y la confianza que hay depositada en este tipo de relaciones. Aunque existe gran variedad de causas, algunas que podemos mencionar son, por ejemplo, aquellas que producen automáticamente la frustración del contrato o un perjuicio agravado a una de las partes. Así sucede cuando la ejecución de la prestación deviene imposible, generalmente por falta de adecuación del inmueble al servicio hotelero. O cuando se resuelve de manera anticipada el contrato

sin el suficiente preaviso con la consecuente paralización de la actividad del hotel.

La caída de rentabilidad es una causa previamente acordada sobre la base de un plan de negocio que si se incumple produciría la resolución contractual. La dificultad radica en estimar si la responsabilidad de esa caída es debida a la falta de diligencia de la entidad explotadora, por la complejidad de definir en qué consiste la diligencia debida en estos casos. En la obra se sostiene que esa diligencia debe ser equiparable a la que se le exige a un administrador de una sociedad de capital, y ello a pesar de evitar esta equiparación en otros supuestos. Esta dificultad provoca que nazca un derecho de cura, interpretándolo como una nueva oportunidad para el mal gestor. La cura consistirá en que la cadena hotelera bien asuma la pérdida o bien, la reducción de los honorarios pactados en el mismo importe de la pérdida financiera.

Otro motivo habitual es la resolución del contrato por la declaración del concurso de una de las partes. Esta es una circunstancia de gran relevancia en el sector. No es este el lugar, pero es conocido el altísimo número de empresas hoteleras que solicitaron el concurso en España en los últimos diez años¹⁶. Así, a pesar de generar un conflicto con el principio de vigencia de los contratos regulado en la norma concursal, en aras de garantizar la continuidad de la empresa, el contrato no se podrá resolver y la cláusula se tendrá por no puesta, salvo por el incumplimiento del concursado o el juzgador lo acuerde en interés del concurso. No obstante, el estudio de otras normas afines ha llevado a la autora a sopesar la conveniencia de romper con este principio y permitir la resolución, para evitar consecuencias más gravosas como una posible contaminación de la insolvencia a la otra parte, que el grupo hotelero tenga que soportar un perjuicio al asumir el pago a los acreedores o la compra de la unidad productiva o se alcance la perpetuidad de las relaciones llegando a ser insostenibles.

El correlato de la vigencia y resolución de los contratos es la indemnización por la misma. Así, una cláusula común, pero cuya presencia es cuestionable en estos contratos, es la indemnización por clientela. La opinión expuesta en la obra, con independencia de la posibilidad de que las partes acuerden incluirla, es contraria a su utilización en este tipo de contratos. La principal razón es que indirectamente en la retribución se está compensando esa posible clientela, tanto desde el punto de vista del propietario porque disfruta de un *know how* y una marca, como de la cadena hotelera porque uno de los principales objetivos que se persigue en el negocio hotelero es la captación de clientes y por ello se le compensa, recordemos los honorarios por ocupación.

¹⁶ Aunque se refiere a un periodo temporal anterior tiene interés (y el repaso a la literatura que realiza) el trabajo de VIVEL, LADO y OTERO, «¿Por qué quiebran los hoteles españoles? Un estudio de sus determinantes», *Tourism & Management Studies*, núm. 11(2), 2015, pp. 25-30.